النكاح

القسم الاول

في شرح شرايع الاسلام

للشيخ الاجل ابى القاسم نجم الدين المحقق

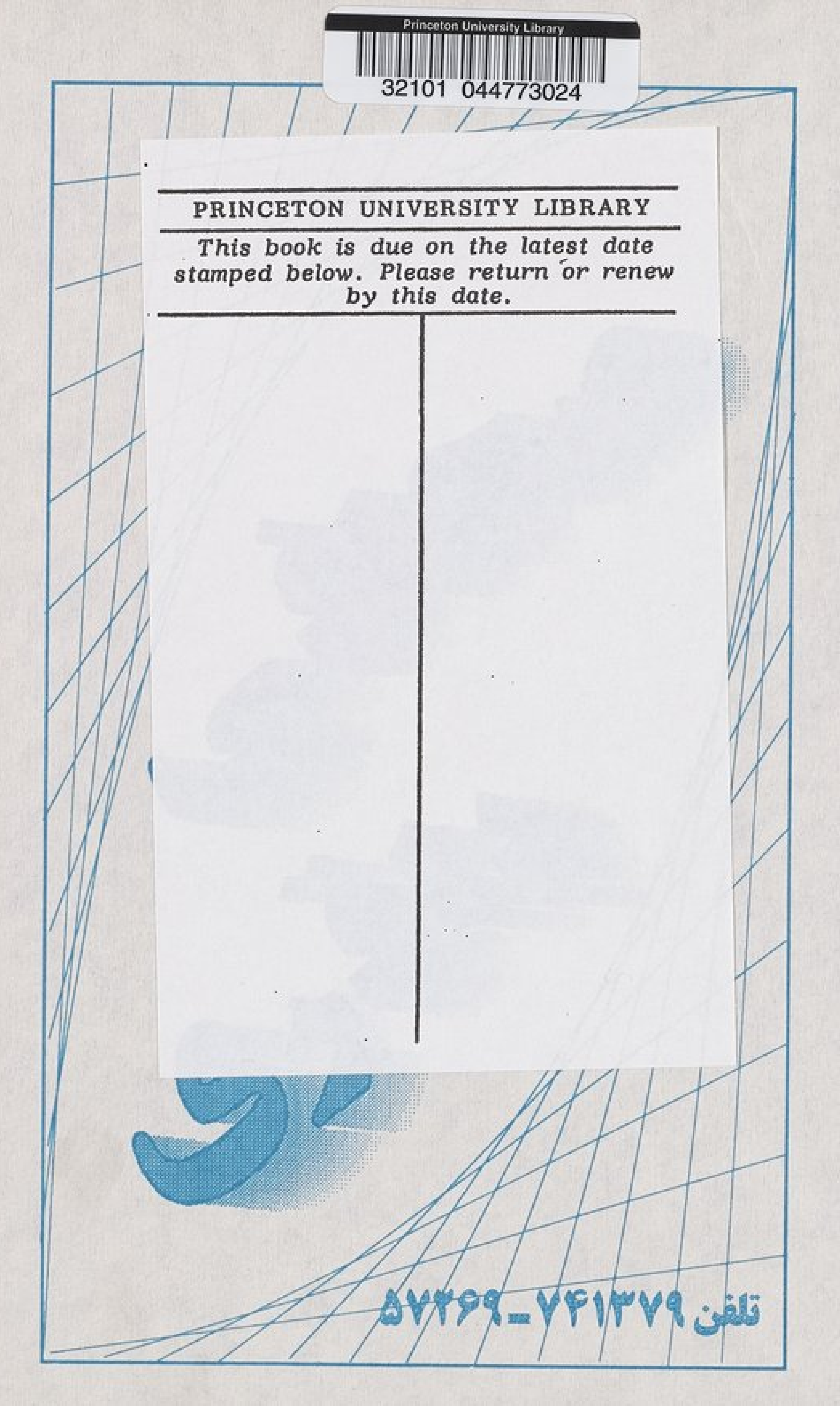
المدقق الامام العلامة جعفر بن يحيى بن سعيد (١)

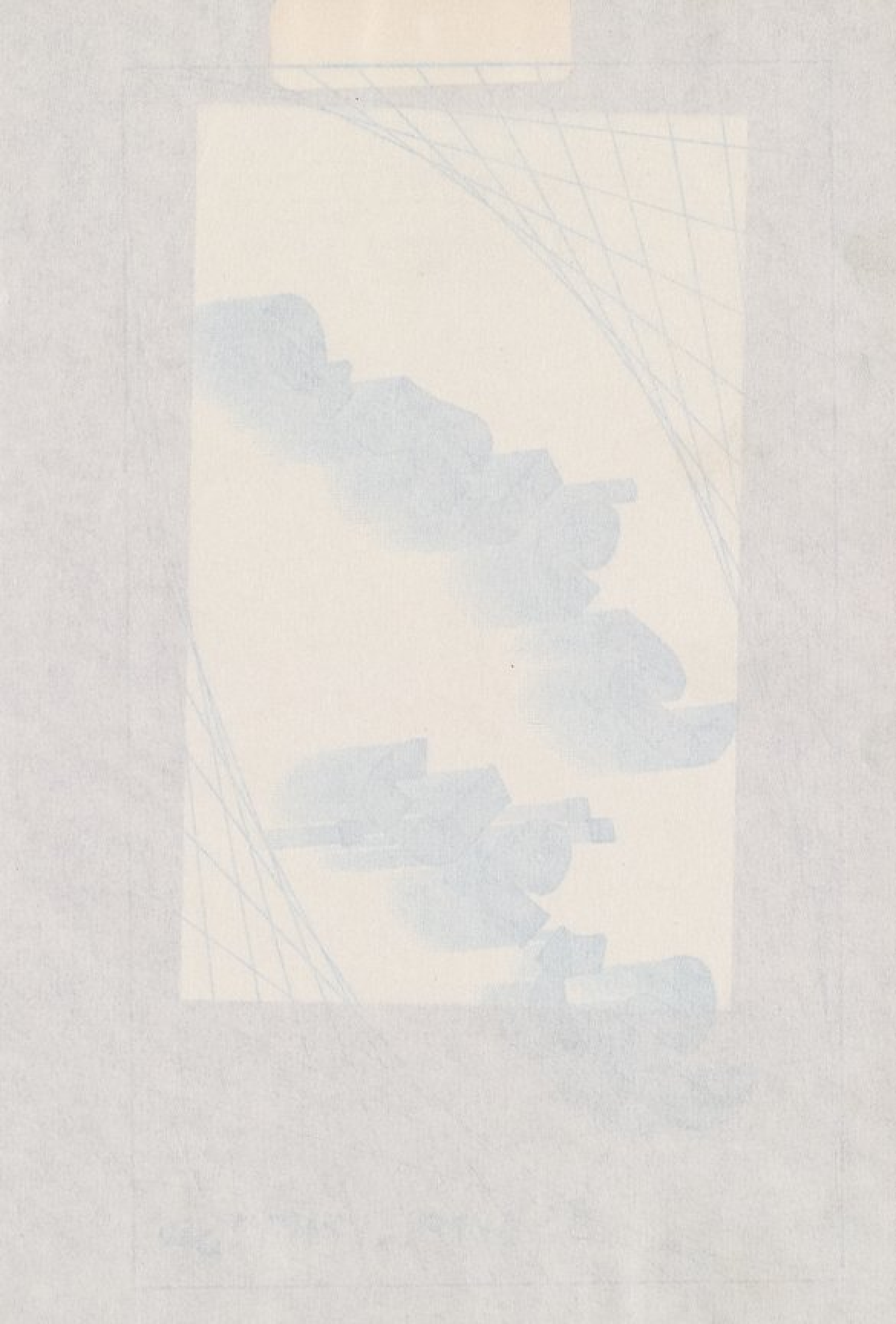
المتوفى ٦٧٦

تأليف

سماحة الفقيه المجاهد

آية الله الحاج الشيخ صادق الخالصي


تلفن ۷۴۱۳۷۹_۵۷۲۶۹



النكاح

القسم الاول

فى شرح شرايع الاسلام

للشيخ الاجل ابى القاسم نجم الدين المحقق

المدقق الامام العلامة جعفر بن يحيى بن سعيد ﴿قدس سره﴾

المتوفى ٦٧٦

لمؤلفه : صادق الخلخالى

شناسنامه

نام کتاب: .... النکاح جلد اول

مؤلف: .... حضرت آیت الله حاج شیخ صادق خلخالی

ناشر: .... دفتر معظم له

چاپ: .... نمونه

نوبت چاپ .... دوم

حروفچینی: .... پردیس

تاریخ انتشار: .... پائیز ۷۷

تیراژ: .... ۲۰۰۰ نسخه

صحافی: .... باقری ۷۴۱۳۷۹ - ۵۷۲۶۹


بسم الله الرحمن الرحيم

بسمه تعالی

مقدمه

بعد الحمد و الصلوه ایها القارء الکریم و الطالب للحقایق ان ما کتبناه فی هذا المختصر الراجع الی بعض مسائل النکاح قد هممنا علیه قبل عشرین سنه التی کانت الامته الاسلامیه و الجماعات المؤمنه و الطلاب العلوم و رواد العلم و حمله الدین تحت ضعط شدید من الامپریالیه العالمیه و عمیلهم فی ایران محمد رضا الخائن و لقد کتبناه مع عدم الوسائل و احیانا فی بعض المواقع مع الاضطراب و التقیه و لله الحمد لقد غیر الحال الغاشم الی الحکومه الاسلامیه فی الجمهوریه الاسلامیه الایرانیه بید قائدها العظیم المرجع الاعلی الدینی و السیاسی و مؤسس الثوره الاسلامیه آیه الله العظمی الفقیه المجاهد استادنا الامام الخمینی حفظه الله تعالی عن البلایا و الحدثان ما جاوز الابردان و لقد غیر الجو و ارتفع الظلام و لعل مع ملاحظه الامکانات و الافکار الحره لابدان نکتب شیئا غیر

ما کتبناه و نختار غیر ما اخترناه و العذر عند کرام الناس مقبول و التغیر فی الفکر یوما فیوماً بل لحظه بعد لحظه ملموس و نسئل الله تعالی ان یوفقنا لمرضاته و دراسه فقهه و آیاته والله تعالی هو المسدد فی کل آن و هو المستعان فی کل مکان ـ کتبه المفتقر الی غفران ربه الکریم ـ صادق ـ خلخالی.

۱۰/۴/۶۴ المطابق ۱۲ شوال ۱۴۰۵

فی احکام التزویج فی العده

و بعد الحمد و الصلوه ـ لابد من البحث فی مسائل علی طبق شرایع الاسلام اذا وافقنا التوفیق انشاء الله تعالی.

المقصد الثانی:

فی مسائل من تحریم العین و هی ستته الاولی من تزوج امراه فی عدتها عالماً حرمت علیه ابداً و ان جهل العده و التحریم و دخل حرمت ایضا و لو لم یدخل بطل ذالک العقد و کان له استینافه و المسلم بین الاصحاب عدم جواز نکاح المراه دائما و لا متعه فی العده رجعیه کانت او بائنته عده وفاه او غیرها من الدائم او المنقطع من دون خلاف فی ذلک بل ادعی الاجماع محصلاً و منقولا علی ذلک و یدل علیه قوله تعالی (و لا تعزموا عقده النکاح حتی یبلغ اکلتاب اجله البقره آیه ۲۳۵.)

فان النهی عن العزم يستلزم عرفاً النهی عن النكاح نفسه فالتعبير فی الايه مثل قوله لاتقل لهما اف المتفاهم منه حكم الضرب بالاولويه و كذا المقام فان النهی عن العزم كنايه عن نهی نفس النكاح و الامر بالعزم على الامرا و النهی عنه يفهم منه توجه الخطاب على نفس الفعل دون العزم و القصد الصرف ـ فالايه لاتدل على حرمه العزم كما فی الجواهر بل يستفاد منها حرمه النكاح و المراد من العزم القصد و الاراده لاالفعل المعزوم عليه مجازاً لكن النهی عن العزم كنايه عن النهی عن النكاح و من المعلوم عدم حرمه القصد او اراده نكاح الغير و الميزان فی تشخيص المراد هو المتفاهم العرفی فانهم يفهمون من الايه حرمه النكاح و ان لم يحرم ذات العزم اصلاً

و اباحه العزم على نكاح الغير مما لاريب فيه و ذلك لاباحه العزم على النكاح بالاجماع و بقوله تعالى (ولا جاح عليكم فيما عرضتم به من خطبته النساء او اكننتم فی انفسكم علم الله انكم ستذكر و نهن و لكن لاتواعدوهن سراً الا ان تقولوا قولاً معروفاً) بقره ٢٣٥ ـ فان الاكنان فی النفس بمعنى الاضمار و هو يرادف العزم مع ان رفع الجناح عن التعريض يستلزم اباحه العزم و التعريض بدون القصد لايلائم عرفا و العزم على النكاح و لو بعد رفع المانع و خروج العده لايستلزم حرمه العزم نفسه من دون عقد النكاح و لا يبعد تقييد الاكنان بما بعد العده ايضا لكن التعريض الصرف مما لم يقل احد بحرمته بعد صراحه الايه و لو كان التعريض او العزم قبيحاً عرفا.

و العزم و التعریض قدیستتبعان التزویج کما اذا تزوج فی عده الغیر عالماً بذلک و کما اذا تزوج زوجه الغیر عالما بذلک و قد لایستتبعان فمنه یعلم ان التصریح بجواز العزم علی النکاح فی العده مع التحریم و المنع عنه شرعاً لایوجب کونه سفها و عبثا لتعلق غرض العقلاء بذلک و ان التعریض بالنکاح فی العده او فی صوره کونها فی حباله الغیر لایلازم القصد الی ایقاع النکاح بعد العده کما عن الجواهر و العزم علی الاباحه بعد العده لا یلازم الحرمه حین العده و حین الزواج.

فمن تزوج امراه فی عدتها عالماً بالحکم او الموضوع عامداً حرمت علیه ابداً و کذا ان جهل العده و التحریم او احدهما و دخل بها قبلاً او دبراً حرمت علیه ایضا و لو لم یدخل بها بطل ذلک العقد و کان له استینافه بعد انقضاء العده من دون خلاف فی ذلک کله و ادعی الاجماع نقلا و تحصیلاً علیها و الاخبار به مستفیضه.

کما فی خبری زراره و داود بن سرحان الاتیین و فی خبر ادیم بیاع الهروی یتزوج المراه فی عدتها و هو یعلم (لاتحل له ابداً - و فی خبر آخر کالصحیح اذا تزوج الرجل المراه فی عدتها و دخل بها لم تحل له ابداً عالماً کان او جاهلا و ان لم یدخل بها حلت للجاهل و لم تحل للاخر.

و فی صحیح عبدالرحمن بن الحجاج عن ابی ابراهیم سالته عن الرجل یتزوج المراه فی عدتها بجهاله اهی ممن لاتحل له ابداً فقال لا

اما اذا کان بجهاله فلیتزوجها بعد ما تنقضی عدتها و قد یعذر الناس فی الجهاله بما هو اعظم من ذلک فقلت بای الجهالتین اعذر بجهالته ان یعلم ان ذلک محرم علیه ام بجهالته انها فی العده فقال احدی الجهالتین اهون من الاخری الجهاله بان الله حرم ذلک علیه و ذلک بانه لا یقدر علی الاحتیاط معها فقلت فهو فی الاخری معذور قال نعم اذا انقضت عدتها فهو معذور فی ان یتزوجها فقلت فان کان احدهما متعمداً و الاخر بجهل فقال الذی تعمد لایحل له ان یرجع الی صاحبه ابداً.

و فی صحیحه الحلبی الایته عن الصادق علیه السلام قال سالته عن امراه الحبلی یموت زوجها فتضع و تزوج قبل ان تمضی لها اربعه اشهر و عشراً فقال انکال دخل بها فرق بینهما و لم تحل له ابداً و اعتدت ما بقی علیها من الاول و استقبلت عده اخری من الاخر ثلاثه قروء و ان لم یکن دخل بها فرق بینهما و اعتدت بما بقی علیها من الاول و هو خاطب من الخطاب و نحوه موثق ابن المسلم عن أبی جعفر علیه السلام و فی موثق اخر سالته عن رجل تزوج امراه فی عدتها قال یفرق بینهما فلا تحل له ابدا و ان لم یکن دخل بها فلاشیی لها من مهرها و الحکم مسلم کما فی روایه ابی ابراهیم و خبر حمران و لا نطیل المسئله و تتمه البحث فی التزویج فی العده کما سیاتی عن قریب.

(الثانیه) اذا تزوج فی العده و دخل فحملت فان کان جاهلاً لحق به

الولدان جاء لستته اشهر فصاعداً منذ دخل بها و فرق بينهما و لزمه المسمى و تتم العده للاول و تستانف اخرى للثانى و قيل يجزى عده واحده و لها مهرها على الاول و مهر على الاخران كانت جاهله بالتحريم و مع علمها فلا مهرانتها.

فلا بد من البحث فى مقامات الاول فى لحوق الولد بالاول او بالثانى او القرعه احتمالات اذا كان فى المدت التى يمكن ان يلحق بكل منهما كما اذا تجاوز عن وطى الثانى ستته اشهر و لم يتجاوز عن وطى الاول اقصى الحمل و اما اذا لم يتجاوز عن وطى الثانى اقل الحمل كان مضى منه خمسه اشهر فلا يلحق بالثانى قطعاً و مع عدم تجاوز اقصى الحمل من وطى الاول يلحق به و مع التجاوز لا يلحق به ايضاً كما هو ظاهر هذا كله فى صورت الشك.

و اما مع الاطمينان بواحد من الطرفين من الوثوق بقول الاطباء و المتخصصين يحكم باللحوق بما حكموا مع حصول الطمانينه من قولهم و الظاهر عدم وجدان القائل باللحوق بالاول فى صوره الاشتراك بدون القرعه بل القول به دائر مدار القرعه كما عن اشيخ فى المبسوط او الالحاق بالثانى كما هو مقتضى الاخبار و عن العلامه فى القواعد و المحقق فى المقام هو الالحاق بالثانى مع تردد هما فى المسئله فى باب الوطى بالشبهه.

و من الواضح جداً عدم تغيير فتوا هما مخصوصا المحقق قده بعد عدم التجاوز عن البحث الاول بصفحه او صفحتين فالظاهر ان

فتوا هما هو الفتوی فی تلک المسئله مع کون الدلیل علی المسئله روایات من جملتها صحیحه جمیل فی المقامین معافاسناد تغییر الفتوی الیهما فی غایه الضعف.

و کیف کان یدل علی الالحاق بالثانی روایات

منها صحیح جمیل بن دراج بسند الصدوق - فی المراه تتزوج فی عدتها قال یفرق بینهما و تعتد عده واحده منهما فان جائت بولد لستته اشهرا و اکثر فهو للاخیر و ان جائب بولد فی اقل من ستته اشهر فهو للاول.

و منها محمد بن یعقوب عن محمد بن یحیی عن احمد بن محمد عن ابن محبوب عن ابن رئاب عن الحبلی فی الصحیح عن ابیعبد الله علیه السلام قال اذا کان للرجل منکم الجاریه یطائها فیعتقها فاعدت و نکحت فان وضعت لخمسه اشهر فانه من مولاها الذی اعتقها و ان وضعت بعد ما تزوجت لستته اشهر فانه لزوجها لاخیر.

و یحتمل قویا ان یستظهر من هذه الروایه ان الولد بعد تجاوز ستته اشهر من الوطی و الازدواج الصحیح یحکم به انه للثانی من باب صدق الفراش و الولد یلحق بالفراش فی صورت الشک بخلاف الروایه الاولی التی فرض وقوع التزویج فی العده الانتقاء الفراش واقعاً مع کون الوطی عن شبهه و الحاق الولد انما هو لاجل التعبد اشرعی و کون الوطی صحیحا من طرف الجاهل.

و منها ماروای فی التهذیب عن البزنطی عمن رواه عن زراره قال

سالت اباجعفر عن الرجل اذا طلق امراتا ثم نكحت و قد اعتدت و وضعت لخمسه اشهر فهو للاول و ان كان ولداً بنقص من ستته فلا مه و لابيه الاول و ان ولدت لستته اشهر فهو للاخير.

هذه الروايه كسا بقتها يمكن ان يكون الحكم فيها يكون الولد للثانى من جهه الفراش و التزويج الصحيح فمع انتفاء الفراش من الطرفين او من طرف واحد و احتمال كون الولد من واحد منهما يشكل الحاقه بالثانى حتى فى صوره كون التزويج فى العده و حكم الشيخ بالقرعه ايضا فى هذه الصوره دون صورت التزويج بعد خروج العده و ان حكم بالالحاق بالثانى فى صورت التزويج فى العده فى النهايه و مع ذلك كله فالاقوى هو الاخذ بالروايات بعد الاعتضاد بالشهره القويه فمع الاشتباه يحكم بعد تجاوز الستته من وطى الثانى انه للثانى دون الاول خلافاً للشيخ قده فى المبسوط و حكاه فى الكشف عن فخر الاسلام فحكم بالاستخراج بالقرعه لانها لكل امر مشكل و هذا منه بعد اشتراك الفراش بينهما و اصاله تاخر الحادث و اصاله عدم التكون سابقا من الاصول المثبته فلا يترتب عليهما اثر خصوص كل واحد من وطى الاول و الثانى.

و يدل على الاول ايضا صحيحه جميل بن صالح عن بعض اصحابنا عن احدهما فى المراه تزوج فى عدتها قال يفرق بينهما و تعتد عده واحده منهما فان جائت بولد لستته اشهرا و اكثر فهو للاخير و ان جائت بولد لاقل من ستته اشهر فهو للاول:

و منها مارواه جمیل عن ابی العباس قال اذا جائت بولد لستته اشهر فهو للاخیر و ان کان لاقل من ستته اشهر فهو للاول.

و یمکن ان یکون روایات الباب لاجل ازاله الشبهه عن ذهن الزوج الثانی باعتبار کون اغلب ما یکون فیه التولد هو اکثر من ستته اشهر فیحصل بذلک الدغدغه فی الخاطر بان التولد فی ستته اشهر کانه لم ینعقد نطفه منه فی هذا الزمان فالاخبار الوارده لا زاله هذه الشبهه و انه لااشکال فی الولاده بعد مضی ستته اشهر من الوطی کما یشهد بذلک ما فی روایه حسن الصیقل فی اشتراء الجاریه و الوقوع علیها قبل استبراء رحمها قال ابو عبدالله «علیه السلام» الولد للذی عند الجاریه و لیصبر لقول رسول الله (ص) الولد للفراش و للعاهر الحجر و کذا فی روایه علی بن جعفر فی کتابه عن اخیه موسی بن جعفر «علیه السلام» قال سالته عن رجل وطی جاریه فباعها قبل ان تحیض فوطئها الذی اشتراها فی ذلک الطهر فولدت له لمن الولد قال الولد للذی هی عنده ولیعصبر لقول رسول الله (ص) الولد للفراش و للعاهر الحجر ـ فان الامر بالصبر فی هذین الخبرین انما هو لاجل حصول الدغدغه فی الخاطر و الالحاق انما هو لاجل التعبد.

و یمکن ان یستدل للشیخ القائل بالقرعه فی کتاب المبسوط بروایات القرعه المتضافره الوارده فی حکم الشرکاء فی الجاریه اذا اوقعوا علیها فی طهر واحد ـ فانهم حکموا فی ذلک المقام بالقرعه فی الحاق الواد الا ان خصوصیه الطهر الواحد فی الروایات یمنع عن

القاء الخصوصيه فالجمع بينها و بين الرويات الحاكمه بـالالحاق بالثانى انما هو تجاوز ستته اشهر من وطى الثانى مع مجى الدغدغه فى الخاطر فيلحق بالثانى و اما مع اختلاط اليماه فى طهر واحد يقرء بينهما.

و صرح بذلک الشيخ قده فى باب الدعاوى و البينات من الخلاف فى مسئله ۲۳.

حيث قال اذا اشترک اثنان فى وطى امره فى طـهر واحـد و كـان وطيا يصح ان يلحق به النسب و اتت به لمده يمكن ان يكون من كل واحد منهما اقرعنا بينهما فما خرجت قرعته الحقناه به و به قال على عليه الصلوه و السلام الى ان قال دليلنا اجماع الفرقه و اخـبارهم و انهم لايختلفون فى ذلک و قريب منه ما اختار فى مسئله ۲۴ من الباب المتقدم و فى مسئله ۲۶ فراجع.

لكنه قال فى مسئله ۲۵ اذا وطـى الرجـل امـه ثـم بـاعها قـبل ان يستبرئها فوطئها المشترى قبل ان يستبرئها ثم اتت بولد يمكن ان يكون منهما فانه يلحق بالاخير فانه كما ترى يشمل وقوع الوطيين فى طهر واحد فعلى مختار الشيخ لابدان يحكم بالقرعه الا انه اختار لحوقه بالاخير لما استدل به من اجماع الفرقه و اخبارهم كما يـدل عليه روايه الحسن الصيقل عن ابى عبدالله قال سمعته يقول وسئل عن رجل اشترى جاربه ثم وقع عليها قبل ان يسـتبرء رحـمها قـال بئس ما صنع يستغفر الله و لا يعود - قلت فان باعها مـن آخـر و لم

یستبرء رحمها ثم باعها الثانی من رجل آخر و لم یستبرء رحمها فان استبان حملها عند الثالث فقال ابو عبدالله الولد للفراش و للعاهر الحجر.

و فی روایه سعید الاعرج عنه علیه السلام الولد لمن یکون عنده الجاریه لقول رسول الله (ص) الولد للفراش و للعاهرا الحجر و من الواضح ان الروایتین فی صوره کون الاخر زناء و سفاها لقوله یستغفر الله و لا یعود فی الاولی فیکون الولد لمن یکون عنده الجاریه بخلاف روایات القرعه التی فرض فیها وقوع اثنین او ثلاثه علی امراه فی طهر واحد فلا اقل هی اعم من صوره فرض الزنا فتحمل علی صوره الاشتباه فلا تنافی بین الطائفتین اصلا.

و بالجمله تحمل روایات استبراء الامه علی صوره الوطی عمداً فیلحق الولد بمن عنده الجاریه لمقتضی قاعده الفراس او التعبد الصرف کما اعترف به والد الصدوق و قال انه تعبد لابد من التسلیم له لان الاخیر و ان کان فراشا الا انه وقع علیها من دون استبراء فیکون ممنوعاً من هذه الجهه و ان کانت فراشا من جهه کونها عنده و الثانی و الاول ایضا کانا کذلک الا انهما لیسا فراشاً بالفعل فیکون الحکم تعبد اصرفا بالنسبه الی استبراء الامه و ولدها.

و روایات القرعه علی صوره وطی الشبهه فی طهر واحد.

و روایات الحاق الولد بالثانی اذا وقع الثانی فی اثناء العده او بعد تجاوزها و جائت الولد بعد ستته اشهر فانه یحلق به لمقتضی

المتداول عند العرف ايضاً لان المراه اذا حاضت ثم وقع الطلاق عليها فى الطهر الغير المواقع فيه ثم تزوج فى العده او بعد العده او وطئت شبهه فان العرف ايضا لايقول بالحاق الولد بالاول بعد الحيض الاول قبل الطهر فروايات الباب ﴿عليهم السلام﴾ على مقتضى القاعده كما لايخفى و احتمال الاخذ بموجب العلوم الحديثه بالالحاق بالدم و الجين فى هذا المقام قوى اذا اوجب الاطمينان و رفع الشبهه من كيف الدم والگو بول و غير هما.

فی وجوب المسمی دون المثل

المقام الثانی -هل یجب علیه المسمی او مهر المثل بما استحل من فرجها فولان و یدل علی المسمی صحیحه سلیمان بن خالد قال سالته عن رجل تزوج امرتاً فی عدتها قال فقال یفرق بینهما و ان کان دخل بها المهر بما استحل من فرجها و یفرق بینهما فلاتحل له ابداً و ان لم یکن دخل بها فلاشیی لها من مهرها.

و یراد احتمال اراده الجنس من المهر فی صدرها مضافا الی ظهور قوله (فلها المهر) فی المسمی ما ورد فی ذیلها بقوله فلاشیی لها من مهرها فیعلم المراد منه و انه المعهود و هو المسمی دون المثل و یوید ذلک ما فی روایه ابی بصیر عن ابی عبدالله «علیه السلام» فان کان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها.

وفی صحیحه موسی بن بکر عن زراره عن ابی جعفر علیه

السلام قال اذا نعی الرجل الی اهله او اخبروها انه قد طلقها فاعتدت ثم تزوجت فجاء زوجها الاول فان الاول احق بها من هذا الاخیر دخل بها الاول اولم یدخل بها و لیس للاخران بتزوجها ابدا ولها المهر بما استحل من فرجها.

و فی روایه ابراهیم بن عبد الحمید المروی فی الفقیه ان اباعبدالله (علیه السلام) قال فی شاهدین شهدا عند امراه بان زوجها طلقها فتزوجت ثم جاء زوجها قال یضربان الحد و یضمنان الصداق للزوج ثم تعتد الزوجه و ترجع الی زوجها الاول و الروایه و ان کانت اجنبیه عن المقام الا ان التضمین للصداق علی الشاهدان یراد به مع التوجه بلفظ الصدق المتفاهم منع عرفاً ما تصادق علیه الزوجان و هو المسمی ایضا، لکن مقتضی القاعده بعد بطلان العقد و فساده هو مهر المثل کما ذهب الیه کثیر من المتاخرین، لکن الاقوی هو وجوب المسمی للروایات الوارده فیه و یدل علی المسمی ایضا ما رواه فی المستدرک عن الحسن بن محبوب عن ابن سنان عن ابیعبدالله علیه السلام فی الرجل یتزوج المراه قبل ان ینقضی عدتها قال یفرق بینهما ثم لاتحل له ابداً ان کان فعل ذلک بعلم ثم واقعها و لیس العالم و الجاهل فی هذا سواء فی الاثم ثم قال و یکون لها صداقها ان کان واقعها و ان لم یکن واقها فلا شیی.

و فی روایه دعائم الاسلام فاما اذا تزوج الرجل المراه فی عدتها و کان قد دخل بها فرق بینهما و لا تحل له ابداً و لها صداقها بما استحل من فرجها الخ.

المقام الثالث

اذا جتمع عده وطی الشبهه مع التزویج اولامعه وعده الطلاق او الوفاه او نحو هما فهل تتداخل العدتان او یجب التعدد قیل فی المسئله قولان ذهب الی الاول علی ما قیل ابن الجنید و الصدوق فی احد قولیه و الی الثانی المشهور بل عن المسالک ان الاول مجهول القائل و یدل علی کل من القولین روایات تذکر جمله منها فعلی الاول.

ما رواه موسی بن بکر عن زراره قال سألت ابا جعفر (ع عن المراه نعی الیها زوجها فاعتدت فتزوجت فجاء زوجها الاول ففارقها و فارقها الاخر کم تعتد للناس قال بثلثه قروء و انما یستبری رحمها بثلثه قروء تحلها للناس کلهم قال زراره و ذلک ان اناسا قالوا تعتد عدتین لکل واحد عده فابی ذلک ابو جعفر و قال تعتد ثلثه قروء و تحل للرجال ـ و الروایه صحیحه السند و کون موسی بن بکر فطحی

المذهب لایضرفی ذلک کما فی امثاله لوثاقته و اعتماد الاصحاب علیه.

۲ ـ و منها مارواه یونس عن بعض اصحابه فی امراه نعی الیها زوجها فتزوجت ثم قدم زوجها الاول فطلقها و طلقها الاخر فقال ابراهیم النخعی علیها ان نعتد عدتین فحملها زراره الی ابیجعفر فقال علیها عده واحده.

و فی السند اسمعیل بن مرار و هو من لم یوثق مع ارسال یونس عن بعض اصحابه و هو مجهول. الا ان الروایه الموافقته لمضون الروایات الاخر لاباس باخراجها شاهداً

۳ ـ و منها صحیحه جمیل عن ابن بکیر عن ابی العباس عن ابیعبدالله «علیه السلام» فی المراه تزوج فی عدتها قال یفرق بینهما و تعتد عده واحده منهما جمعیاً.

لااشکال فی السند بناء علی کون المراد من ابی العباس هو فضل بن عبدالملک البقباق و هو المراد عند الاطلاق کما فی غیره من المشاهیر عند الاطلاق.

۴ ـ و منها صحیح زراره عن الباقر فی المراه فقد زوجها او نعی الیها فتزوجت ثم قدم زوجها بعد ذلک فطلقها قال تعتد منهما جمیعاً ثلثه اشهر عده واحده و لیس للاخران یتزوجها.

۵ ـ و منها صحیحه زراه عن ابیجعفر فی امراه تزوجت قبل ان تنقضی عدتها قال یفرق بینهما و تعتد عده واحده منهما جمیعاً.

٦ـ و منها صحيحه جميل بن صالح عن بعض اصحابه عن احد هما فى المراه تزوج فى عدتها قال يفرق بينهما و تعتد عده واحد منهما جميعا و ان جائت بولد لستته اشهر او اكثر فهو للاخير و ان جائت بولد لاقل من ستته اشهر فهو للاول و رواه الصدوق باسناده عن جميل بن دراج نحو و فى الوسائل و يحتمل التقيه.

١ـ و على الثانى ايضا ر و ايات متضافره ففى صحيحه محمد بن مسلم عن ابى جعفر ﴿عليه السلام﴾ قال المراه الحبلى يتوفى عنها زوجها فتضع و تتزوج قبل ان تعتد اربعه اشهر و عشراً فقال انكال الذى تزوجها دخل بها فرق بينهما و لم تحل له ابداً و اعتدت بما بقى عليها من عده الاول و استقبلت عده اخرى من الاخر ثلثه قروء و ان لم يكن دخل بها فرق بينهما و اتمت ما بقى عليها عدتها و هو خاطب من الخطاب.

٢ـ و فى صحيحه الحبلى عن الصادق ﴿عليه السلام﴾ قال سالته عن المراه الحبلى يموت زوجها فتضع و تزوج قبل ان تمضى لها اربعه اشهر و عشراً فقال انكال دخل بها فرق بينهما و لم تحل له ابدا و اعتدت ما بقى عليها من الاول و استقبلت عده اخرى من الاخر ثلثه قروء و ان لم يكن دخل بها فرق بينهما و اعتدت بما بقى عليها من الاول و هو خاطب من الخطاب.

٣ـ وفى صحيحه محمد بن مسلم عن ابى جعفر قال سالته عن الرجل يتزوج المراه فى عدتها قال انكال دخل بها فرق بينهما و لم

تحل له ابدا و اتمت عدتها من الاول وعده اخری من الاخروان لم یکن دخل بها فرق بینهما و اتمت عدتها من الاول و کان خاطباً من الخطاب.

۴- و فی روایه عبدالله بن الفضل الهاشمی عن بعض مشیخته قال قال ابو عبدالله ﴿علیه السلام﴾ قضی امیرالمؤمنین ﴿علیه السلام﴾ فی امراه توفی زوجها و هی حبلی فولدت قبل ان تمضی اربعه اشهر و عشر و تزوجت قبل ان تکمل اربعه اشهرو العشر فقضی ان یطلقها ثم لایخطبها حتی یمضی آخر الاجلین فان شاء موالی المراه انحکوها و ان شاء وا امسکوها وردوا علیه ماله.

۵- و فی صحیح علی بن بشیر النبال عن الصادق علیه السلام فرق بینهما و تعتد ما بقی من عدتها الاولی و تعتد بعد ذلک عده کامله.

۶- و فی روایه قرب الاسناد قال انکال دخل بها فرق بینهما فاعتدت ما بقی علیها من زوجها ثم اعتدت عده اخری من الزوج الاخر احدیث.

۷- و من روایات الطائفه الثانیه ایضا ماروواه احمد بن محمد بن عیسی فی نوادره عن صفوان عن ابن مسکان عن محمدبن مسلم قال قلت لابی عبدالله ﴿علیه السلام﴾ المراه یتوفی عنها زوجها فتضع و تتزوج قبل ان تبلغ اربعه اشهر و عشراً قال انکان الذی تزوجها دخل بها لم تحل له واعتدت ما بقی علیها من الاولی وعده اخری من الاخیر

و ان لم يكن دخل بها فرق بينهما و اتمت ما بقى من عدتها و هو خاطب من الخطاب.

٨ـ و ما رواه عن ابن ابى عمير عن حماد عن الحلبى عن الصادق عليه السلام بعين مانقلناه انفا الروايه الثانيه بادنى تفاوت فظهر مما ذكرنا من الطائفتين ان روايات الطرفين متضافره من الجانبين فطرح الطائفه الاولى او حملها على صوره عدم الدخول و نسبه العده اليهما بادنى ملابسه مما ياباه الذوق السليم لان التزوج غالباً يستلزم الدخول فحملها على صوره عدم الدخول حمل لها على الصوره النادره، و يمكن الجمع بين الطائفتين بحمل الاول على صوره النعى اشتباهاً و الزوج لم يمت فبعد الطلاق و مفارقه الاخر ايضا لايحتاج فى استبراء الرحم بازيد من ثلاثه قروء بخلاف صوره فوت الزوجک ما نطقت بها الطائفه الثانيه فانها لابد معها ان تستكمل عده الوفاه و عده اخرى لدخول الثانى ـ كما لايبعد و هو جمع له شاهد من الطائفتين و اما فى صوره عدم دخول الثانى و مفارقه الزوج الاول لايحتاج الى عده واحده للاول و هو ثلاثه قروء كما هو واضح.

و مما يقضى منه العجب ما يظهر عن السيد قدس سره فى العروه من تقويه القول الاول و حمل اخبار التعدد على التقيه بشهاده روايه زراره و خبر يونس، لان ملاحظه كلمات الاصحاب من بين المتقدمين و المتاخرين يوجب الاطمينان بان فتواهم كان على

التعدد و عدم التداخل الا ما ینقل عن ابن الجنید و عن الصدوق فی المقنع فی احد قولیه و لم نجد بعد التتبع التام تقریباً قائلا بالتداخل بین الاصحاب غیر ابن الجنید الذی یوافق قوله قول العامه کثیراً فالیک نبذه مما وقفنا علیه من کلماتهم.

فعن الصدوق فی المقنع فی باب بدو النکاح، و اذ تزوج الرجل امراه فی عدتها و لم یعلم و کانت هی قد علمت انه قد بقی من عدتها ثم قذفها بعد علمه بذلک فان کانت علمت ان الذی علمت محرم علیها فقدمت علی ذلک فان علیها الحد حد الزانی و لااری علی زوجها حین قذفها شیئا فان فلعت بجهاله منها ثم قذفها ضرب قازفها الحدو فرق بینهما و تعتد عدتها الاولی و تعتد بعد ذلک عده کامله انتهی، فهی صریحه فی عدم التداخل و قد تقدم عن المسالک عدم وجود قائل معین به وصرح بذلک ایضا فی مسئله سئلت عن الصادق علیه السلام فی اختین اهدیتا لاخوین فی لیله واحده و دخلت امراه هذا علی هذا الی ان قال فان مات الزوجان و هما فی العده قال یرثانهما و لهما نصف المهر المسمی علیهما العده ثم بعد ما یفرقان من العده الاولی تعتدان عده المتوفی عنها زوجها انتها و هو ایضاً صریح فی عدم التداخل الا انه یظهر منه خلاف ما فی المقام فی کتاب الطلاق حیث قال و اذا شهد شاهدان عند امراه بان زوجها طلقها فتزوجت ثم جاء زوجها ضرباً الحدوضمنا الصداق و اعتدت المراء و رجعت الی زوجها الاول فان نعی الی امراه زوجها فاعتدت و تزوجت ثم قدم

زوجها فطلقها و طلقها الاخير فانها تعتد عده واحده ثلاثه قروء و هو كما ترى مضمون روايه موسى بن بكر و يونس و غير هما و صدر كلامه ايضا مضمون روايه ابراهيم بن عبدالحميد المروى فى الفقيه كما تقدم مناسابقا و التهافت بين الكلمتين ظاهر الا ان يرفع من جهته عدم فوت الزوج الاول فى نفس الامر و قداشتبه الامر فلا تحتاج الا الى العده الواحده فى صوره دخول الثانى و قد افتى الصدوق فى كل واحد من الموضعين بمضمون الروايه من دون ان يكون بين المضمونين تهافت لان مضمون روايه موسى بن بكر و يونس تخيل الموت و مضمون روايه ابراهيم بن عبد الحميد الفوت الواقعى فيرتفع التهافت من البين ولعله يمكن بذلك توجيه كلام ابن الجنيد ايضا.

و عن المرتضى قده فى طلاق الناصريات مالفظه اذا تزوجت المراه فى عدتها و دخل بها زوجها الثانى فرق بينهما و تعتد من الاول ثم من الثانى هذا صحيح و ذهب الى مثله الشافعى بان قال ان لايتداخل العدتان و قال ابوحنيفه تتداخل العدتان الى ان قال دليلنا على صحه ما ذهبنا ان العده حق لكل واحد من الزوجين فلا مداخله بينهما و ايضا فمع ما قلناه اجماع الصحابه لانه روى ان امراه نكحت فى العده ففرق بينهما اميرالمؤمنين عليه السلام و قال عليه السلام ايما امراه نكحت فى عدتها فان لم يدخل بها زوجها الذى تزوجها فانها تعتد من الاول و لاعده عليها للثانى و كان خاطباً من

الخطاب و ان کان دخل بها فرق بینهما و تاتی به بقیه العده علی الاول ثم تاتی عن الثانی بثلاثه اقراء مستقبله.

و روی مثل ذلک عن عمر بعینه الی ان قال و لم یظهر خلاف لما فعل فصار اجماعاً انتهی و قریب منه ما ذکره فی کاشف المثام کما فی ملحقات السید قدس سرهما فراجع و قد اعترف بکونه مشهوراً فی الکشف فادعی اجماع الخلاف علی ذلک و استدل ایضا بعدم تداخل الاسباب فی المسببات.

و عن الشیخ فی الخلاف مسئله ۳۱ کتاب العدد کل موضع تجتمع علی المراه عدتان فانهما لاتتداخلان بل تاتی بکل واحده منهما علی الکمال و روی ذلک عن علی علیه السلام و عمر و عمربن عبدالعزیز و به قال الشافعی و ذهب مالک و ابو حنیفه و اصحابه الی انهما تتداخلان و تعتد عده واحده منهما معادلیلنا اجماع الفرقه و ایضاً فقد ثبت وجوب العدتین علیها و تداخلهما یحتاج الی دلیل وروی سعید بن المسیب و سلیمان بن یساران طلیحه کانت تحت رشید الثقفی (النخعی) فطلقها البته فنحکت فی آخر عدتها ففرق عمر بینهما فضربها بالمخففه ضربات و زوجها ثم قال ایما رجل یتزوج امراه فی عدتها فان لم یکن دخل بها زوجها الذی تزوجها فرق بینهما و تاتی ببقیه عده الاول ثم تستانف عده الثانی لاتحل له ابدا و عن علی علیه الصلوه و السلام نحو ذلک و لامخالف لهما فی الصحابه انتهی.

فمن الغريب ما يترائى فى شرح العروه لبعض اعاظم المعاصرين من حمل عدم التداخل على التقيه لفعل عمر و غيره لانه فى غايه البعد على ان الشيخ و السيد قدس سرهما حم فعلهما على كون عدم التداخل كان مذهباً للصحابه و التابعين فلايصح مع ذلك حمل فعلهم على خلاف فتوى الخاصه.

و عن النهايه ايضا، قريب مما ذكرناه و عن نكت النهايه فى كتاب النكاح متى عقد عليها فى العده و دخل بها فرق بينهما و لم تحل له ابدا سواء كان عالماً او جاهلا و كان لها المهر بما استحل من فرجها و كان عليها عدتان تمام العده من الزوج الاول و عده اخرى من الزوج الثانى الى ان قال بعد كلام طويل و فى المبسوط يقرع بينهما و ليس بجيد، انتهى.

و عن ابن ادريس فى اخر كتابا لطلاق من العدد مالفظه كل موضع يجتمع على المراه عدتان فانهما لايتداخلان بل تاتى بكل واحده منهما على الكمال تقدم الاولى ثم الثانيه انتها.

و عن ابن حمزه فى الوسيله فان جائت بولد انقضت عده الاول بوضع الحمل و استانف العده على الثانى و ان لم تجئى بولداتمت العده للاول و استانفت للثانى انتهى.

و فى قواعد العلامه لايتداخل العدتان اذا كانتا لشخصين و نقل فى المختلف خلاف الصدوق و ابن الجنيد ثم ذكر ما اختاره الشيخ و سردا الادله عليه من دون اختيار و الظاهر كون مختاره موافقا

للشیخ کما فی القواعد، و فی التحریر مالفطنه و علیها عدتان تمام العده من الزوج الاول و عده اخری من الثانی و اختار شیخنا الاعظم الانصاری ایضا عدم التداخل فراجع فمن جمیع ما ذکرناه یعلم ان فتوی الاصحاب جلهم لولا کلهم علی عدم التداخل فلا بد من حمل الارخبار الداله علی التداخل علی التقیه کما صنعه صاحب الوسائل مضافاً الی ما فی المسالک من ان قائل التداخل مجهول فلایعتمد علیه و قد اطبق الشیخ قده فی کتبه علی عدم التداخل فالمسئله کانت واضحه عند هم من جهت الفتوی او علی ما قلناه من ان موضوع التداخل صوره عدم فوت الزوج الاول و موضوع التداخل هو صوره کشف خلاف الواقع و هو حیات الزوج الاول فلا یحتاج معه الی عدتین بل یحتاج الی عده واحده فی صوره دخول الزوج الثانی - فلا وجه لما ذکره السید من حمل عدم التداخل علی التقیه لروایه زراره و یونس و لعل عدم جواب الامام علی مذاق زراره الذی قال ان اناسا قالو بعدم التداخل کان لاجل التقیه لان الناس القائلین بعدم التداخل کانوا من اصحاب الامام و الالم یکن وجه لذکر عقیده المخالفین للامام علیه السلام حتی یابی الامام عن القول - بالتعدد لاجل القیه و الله اعنم. والذی یوضح و یحسم کل الشبهه ان قول زراره بالاخبار علی الامام بعد التداخل عند الناس اما ان یکون هو مراد الموافقین او کلام المخالفین فعلی الاول قد وافق الامام ایضا و علی الثانی قد خالف و قال بالتداخل فلایلائم التقیه.

فی جواز الرجوع فی عده وطی الشبهه و عدمه

ثم على القول بالتعدد يقدم ما كان سببه مقدما الا اذا كان احدى العدتين بوضع الحمل فتقدم قطعا و ان كان سببها متاخراً لعدم امكان التاخير فی هذه الصوره بعد الوضع و تخرج من العده و تشرع ما بقی علیها من الاول.

مسئله لو كان المتقدمه عده وطی الشبهه و المتاخره عده الطلاق الرجعی فهل یجوز الرجوع قبل مجیء زمان عده الرجعه فی اثناء عده الشبهه و هل ترث الزوج اذا مات قبلها فی زمان عده وطی الشبهه قیل و جهان بل قولان وجه الجواز المنع انما هو عن التزويج فی العده فمن الواضح عدم كون الرجوع تزويجا جديداً بل هو ابقاء لما علیه سابقا من الزوجیه خصوصا اذا قلنا بحل الاستمتاع غیر الوطی فی اثناء عده الشبهه و الوجه فی عدم الجواز ان الرجوع و

التزويج من باب واحد فما لم يجز احدهما لم يجز الاخر خصوصا في المقام لكن الاقوى هو جواز الرجوع لان المنع انما هو عن التزويج في العده و الفرض انه منتف في المقام و اما الارث فبناء على جواز الرجوع لااشكال فيه و اما بناء على عدم الجوار فهل ترث الزوج اذا مات قبلها في زمان عده و طي الشبهه لسان الاخبار في كيفيه ارث الرجعيه من الزوج ليس على وزان واحد فطائفه منها تدل على الارث ما دامت في عدتها، كما في صحيح محمد بن قيس عن ابي جعفر ﴿عليه السلام﴾ قال اذا طلقت المراه ثم توفي عنها زوجها و هي في عده منه لم تحرم عليه فانها ترثه و يرثها ما دامت في الدم من حيضتها الثانيه من التطليقتين الاولتين و صحيح زراره عنه عليه السلام عن الرجل يطلق المراه فقال يرثها و ترثه مادام له عليها رجعه.

و صحيح محمد بن مسلم عن ابي عبدالله قال سالته عن رجل طلق امراته واحده ثم توفي عنها و هي في عدتها قال ترثه الحديث و يمكن ان يقال انه اعتبر في الروايات الموت في عده المتوفي او في صوره جواز الرجوع عليها و الفرض عدم جواز الرجوع في عده و طي الشبه لكن الذي يسهل الخطب دلاله كثير من الروايات على التوارث مادام لم تنقض العده فيرفع اليد عن مفهوم الروايات السابقه بهذه الروايات.

كما في صحيح محمد بن قيس عن ابي جعفر ﴿عليه السلام﴾ قال ايما امراه طلقت فمات عنها زوجها قبل ان تنقضي عدتها فانهما ترثه ثم

تعتد عده المتوفى عنها زوجها و ان توفيت فـى عـدتها ورثـها و ان قتلت ورث من ديتها و ان قتل ورثت من ديته ما لم يـقتل احـد هـما الاخر.

و مرسله سماعه قال سالته عن رجل طلق امراته ثم انه مات قبل ان تنقضى عدتها قال تعتد عده المتوفى عنها زوجها و لها الميراث و في صحيح زراره عن ابى جعفر و عليه نفقتها و السكنى ما دامت في عدتها و هما يتوارثان حتى تنقضى عدتها الحديث.

و فى روايه حسن بن زياد عن ابى عبدالله و هى ترث و تورث ما كان لم عليها رجعه من التطليقتين الاولتين.

و عن الصدوق قال وروى الى ان قال و من طلق امراته للسنه فله ان يراجعها ما لم تنقض عدتها فاذا انقضت عدتها بانت منه الى غير ذلك من الروايات الداله على التوراث ما لم يخرج من العده من دون خصوصيه بكونها فى العده و كما فى فرض المسئله و يستفاد من هذه الاخبار ايضا جواز الرجوع ما لم تخرج من العده سواء كانت في اثناء عده الشبه ام لا كما صرح به الصدوق فيما روى عنه انفاً.

و يدل على التوراث باطلاقها صحيح زرراه عن احدهما المـطلقه ترث و تورث حتى ترى الدم الثالث فاذا راته فقد انقطع.

و فى دعائم الاسلام روينا عن ابى جـعفر «عليه السلام» و ابـى عـبدالله عليهما السلام انهما قالا من طبق امراته للعده او السنته فـهما يـتو اركان ما كانت للرجل على المراه رجعه فاذا بانت فلا ميراث بينهما و

صحيح زرارة قال سالت ابا جعفر عن الرجل يطلق المراه فقال يرثها و ترثه مادام له عليها رجعه.

(مسئله) و لو كانت المتاخره عده الطلاق البائن فهل يجوز تزويج المطلق لها فى زمان عده الوطى قبل مجى زمان عده الطلاق و جهان الاقوى عدم الجواز لصدق التزويج فى العده و الاخبار تمنعهه.

كما فى صحيح زراره و داود بن سرحان و ادم بياع الهروى عن ابى عبدالله عليه السلام فى حديث انه قال و الذى يتزوج المراه فى عدتها و هو يعلم لاتحل له.

و صحيح الحبلى عنه ﴿عليه السلام﴾ قال اذا تزوج الرجل المراه فى عدتها و دخل بها لم تحل له ابدا عالما كان اوجاهلا و ان لم يدخل بها حلت للجاهل و لم تحل للآخر.

و صحيح اسحاق بن عمار قال قلت لابى ابراهيم بلغنا عن ابيک ان الرجل اذا تزوج المراه فى عدتها لم تحل له ابدا فقال هذا اذا كان عالماً فاذا كان جاهلا فارقها و تعتد ثم تزوجها نكاحا جديداً الى غير ذلک و يترتب عليه الحرمه الا بديه و الا نصراف الى غير الزوج باعتبار ان الممنوع فى عده وطى الشبهه هو الوطى دون سائر الاستمتاعات عنها ممنوع فان اجتماع الزوجيه مع عده وطى الشبهه كما فى العده الرجعيه لايستلزم جواز احداث الزوجيه عليها فى اثناء العده و الفرض زوال الزوجيه فرجوع الزوج اليها كرجوع غيره غايه الامران المانع فى الزوج واحد و فى غيره اثنان آخر ان و هما العدتان كما هو

ظاهر.

مسئله لو كانت العدتان لشخص واحد كما اذا طلق زوجته بائنا ثم وطئها شبهه في اثناء العده قيل لاينبغي الاشكال في التداخل باعتبار انه لاعده له بالنسبه الى نفسه لجواز البناء عليها في كل وقت شاء و اما بالنسبه الى الغير لاوجه له بناء على مختار المشهور من عدم التداخل و اما التداخل في عده الطلاق ثم الوفاء فانه في الحقيقه تبديل لاجل النص من دون تداخل فيه.

ولا يفرق فيما ذكرناه من الحرمه الابديه او غيرها من الاحكام بين ان يكون العاقد هو نفسه او وكليه مع العلم بالعده لصدق عقده عليها لان عقد الوكيل عقد الموكل و بطلان الوكاله لايمنع من الصدق نعم اذا لم يعلم الموكل بالعده فمع علم الويل بذلك لايثبت الحرمه و كما اذا وكله على الاطلاق فعقد الوكيل على المعتده فانه ايضا لايوجب الحرمه و كما ان عقد الولي للصبي ايضا لايوجبه حتى بناء على الدخول لرفع القلم عنه و كذا المجنون اللهم الا ان يقال ان الحديث يرفع قلم التكليف دون الوضع لترتب الاثر الوضعي فان بدن الصبي و المجنون مع ملاقات النجاسه ينجس.

و لو عقدها الفضولي عن احد هما او كليهما فاجازا مع العلم فانه ايضا يوجب الحرمه لان الاجازه توجب استناد العقد الى المجيز و كذا اذا تاخرت الاجازه عن وقت العده بناء على الكشف و اما بناء على النقل فان العقد انما استند اليه بعد خروج العده فلايوجب الحرمه

اللهم الا ان يقال انه فى صوره وقوع العقد فى العده و الاجازه خارج العده لايقال عرفا انه وقع استناد العقد اليه فى العده بل غايه ما صدر منه انما هو الاجازه خارج العده و العرف يحكم بالكشف الحكمى ان العقد مؤثر من حين وقوع العقد لكنه ما وقع عليها العقد المؤثر فى العده.

عدم حرمه النكاح بالزنا السابق عليه

من زنى بامراه لم يحرم عليه نكاحها و كذا لو كانت مشهوره بالزنا و كذا لو زنت امراته و ان اصرت على الاصح.

و البحث فى المقام تاره بالنسبه الى الغير المشهور بالزنا و اخرى فيها اما الاول فلايحرم الزانيه على الزانى بها و غيره بعد التوبه اجماعا و قبل التوبه ايضا الا انه قيل على الكراهه بل ادعى عليه الاجماع و فى الجواهر و فاقا للمشهور شهره عظيمه بل فى المحكى عن الاخلاف و المبسوط الاجماع عليه و نسب الخلاف الى احمد و قتاده قبل التوبه، و يدل على الجواز من دون اشتراط التوبه، روايات منها

۱ ـ صحيح الحلبى عن ابى عبدالله قال ايما رجل فجر بامراه ثم بداله ان يتزوجها حلالا فان اوله سفاح و اخره نكاح و مثله مثل

النخله اصاب الرجل من ثمرها حراما ثـم اشـتراهـا بـعد فكـانت له حلالا.

۲ـو صحيح قرب الاسناد عن عبدالله بن حسن عن جده على بن جعفر عن اخيه موسى بن جعفر قال سالته عن رجل زنا بامراتين اله ان يتزوج بواحده منهما قال نعم لايرم حلالاً حرام.

۳ـو روايه ابى بصير عن ابيعبد الله قال سالته عـن رجـل فـجر بامراه ثم بداله ان يتجزوجها فقال حلال او له سفاح و اخـره نكـاح اوله حرام و اخره حلال.

۴ـو فى خبر هاشم بن المثنى عن الصادق عليه السلام انه سئل عن الرجل ياتى المراه حراما، يتزوجها قال نعم و امها و ابنتها.

۵ـو فى روايه زراره بن اعين عن ابى عبدالله ﴿عليه السلام﴾ قال سئل عن رجل كانت عنده امراه فزنا بامهااو ابنتها او باختها فـقال مـا حـرم حرام قط حلالا امراته له حلال و قال لاباس اذا زنى رجل بامراه ان يتزوج بها بعد و ضرب مثل ذلك مثل رجل سرق من ثمره نخله ثم اشتراها بعد و لاباس ان يتزوجها بعد امها او ابنتها او اختها الحديث رواه فى الفقيه عن الصادق عليه السلام الا ان الروايه فى الوافـى و الوسائل عن ابى جعفر عليه السلام و الامر سهل.

۶ـو فى روايه احمد بن محمد بن عيسى فى نوادره عن القسم بن محمد عن هشام ابن المثنى قال كنت عند ابى عبدالله عـليه السـلام جالسا فدخل عـليه رجـل فسئله عـن الرجـل يـاتى المـراه حـرامـا

ایتزوجها قال نعم الخبر، و هو متحد مع ما تقدم عن هاشم او الهاشم بن المثنی و فی سند کل واحد منهما القسم بن محمد و هو الجوهری من اصحاب الکاظم علیه السلام و الرجل و ان کان واقفیاً الا ان کثره روایاته و اتقانه فی الابواب المتفرقه التی یلوح آثار الصدق منها یوجب الوثوق علیه و الشهام ابن المثنی هو الکوفی الثقه و لا یبعدان بکون هو من اصحاب الصادق و الکاظم علیها السلام فالروایه موثقه بلا اشکال.

٧ ـ و عن ابن ابی عمیر عن حماد عن الحلبی قال قال ابو عبد الله علیه السلام، ایما رجل فجر بامراه ثم بداله ان یتزوجها حلالا فاوله سفاح و اخره نکاح و مثله مثل النخله اصاب الرجل من ثمره ثم اشتراها بعد حلالا.

٨ ـ و عن القسم عن علی عن ابی بصیر عن ابی عبدالله علیه السلام مثله الانه لم یذکر النخله، راجع المستدرک.

و عن الصدوق فی المقنع و لاباس ان یتزوج الرجل امراه قدزنی بها فان مثل ذلک مثل رجل سرق من ثمر نخله ثم اشتراها بعد.

هذا خلافا للشیخین و جماعه بل فی المحکی عن الغنیه الاجماع علیه فاشتر طوا التجربه بحمل المطلق من الروایات علی المقید و ذلک بظاهر الکتاب الدال علی المنع من تزویج الزانی و الزانیه فالمتیقن، خارجا هو صوره التوبه فبقی الباقی تحت الاطلاق و المعموم المانع، و یمکن ان یستدل علیه من الروایات:

۱ ـ بصحيح حميد بن المثنى ابى المعزا عن ابى بصير قال سالته عن رجل فجر بامراه ثم اراد بعد ذلك ان يتزوجها فقال اذا تابت حلت له قال قلت و كيف تعرف توبتها قال يدعوها الى ما كانت عليه من الحرام فان امتنعت و استغفرت ربها عرف توبتها و رواه فى الوسائل بسند التهذيب عن احمد بن محمد بن عيسى عن ابى المعزا عن ابى بصير و المسئول عنه على الظاهر هو الامام عليه السلام و الله اعلم.

۲ ـ و موثق عمار بن موسى عن الصادق ﴿عليه السلام﴾ قال سالته عن الرجل يحل له ان يتزوج امراه كان يفجر بها قال ان انس منها رشداً فنعم و الافليراودها على الحرام فان تابعه فهى عليه حرام و ان ابت فيزوجها.

۳ ـ و صحيح الشيخ بسنده عن اسحق بن جرير عنه ﴿عليه السلام﴾ قال قلت له الرجل يفجر بالمراه ثم يبدوله فى تزويجها هل يحل له ذلك قال نعم اذا هو اجتنبها حتى تنقضى عدتها باستبراء رحمها من ماء الفجور فله ان يتزوجها و انما يجوز له ان يتزوجها بعد ان يقف على توبتها، فالمستفاد من الروايات الثلثات. فيديه التوبه خصوصاً قوله فهى عليه حرام فى الموثق و استفاده الكراهه الشديده بمكان من الامكان.

۴ ـ و صحيح محمد بن مسلم عن ابى جعفر ﴿عليه السلام﴾ او ابى عبدالله ﴿عليه السلام﴾ قال لو ان رجلا فجر بامراه ثم تابا فتزوجها لم يكن

علیه شیی من ذلک، و لا یبعد استظهار القیدیه من قوله (تابا) خصوصاً قوله فتزوجها فرع التزویج علی التوبه.

۵ـ احمد بن محمد بن عیسی فی نوادره قال حکی لی ابن ابی عمیر عن ابی ایوب عن محمدبن مسلم عن ابی جعفر و ابی عبدالله ﴿علیه السلام﴾ قال ان رجلا فجر بامراه ثم تابا فتزوجها لم یکن علیه شیی من ذلک.

۶ـ و فی الجعفریات بسنده عن علی علیه السلام فی الرجل یزنی بالمراه ثم یتوب الرجل فیریدان یتزوجها قال اذا تابا جمیعا فلا بأس ان یتزوجها فقیل هذا الرجل قدتاب و علم من نفسه انه قد تاب فکیف له ان یعلم ان المراه قد تابت قال یدعوها الی الفجور کما کان یدعوها الیه قبل ذلک فان اعیت علیه فقد تابت لاباس ان یتزوجها فان اجابه الی الفجور حرم نکاحها.

۷ـ و عن دعائم الاسلام عن ابی جعفر علیه السلام اذا قال فی الرجل یزنی بالمراه ثم یریدان ینکحها بعد ذلک نکاحا صحیحاً قال ان تابا فلاباس، و هنا روایات اخر تدل علی جواز تزویج المشهوره بالزنا بعد ما تابت کما سیاتی.

و لا اشکال من جهت الدلاله علی اعتبار التوبه الانها لاتصلح للتقیید لامن جهه قصور فی السند لانها متضافره الا انه کلما از دادت صحه ازدادت بعداً بل من جهه اعراض المشهور عن الافتاء بالحرمه فی صوره عدم التوبه فلابد من حملها علی الکراهه کما

عليه المشهور و اما اجماع الغنيه فلايستقاد منه القيديه لاحتمال ان يكون الاجماع فى قبال قول حسن البصرى القائل بالحرمه مطلقا فيمكن ان يكون المراد منه الجواز المطلق او الجواز مع التوبه فلا يستفاد منه ما يصلح للدليليه مضافا الى المحكى عن الشيخ فى الخلاف و المبسوط الاجماع على الجواز.

قال فى الخلاف مسئله ۷۱ النكاح اذا زنى بامراه جازله نكاحها فيما بعد و به قال عامه اهل العلم و قال الحسن و البصرى لايجوز و قال قتاده و احمد (محمد) ان تابا جازو الالم يجزو روى ذلك فى اخبار نادليلنا اجماع الفرقه و ايضا الاصل الاباحه و ايضا قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء فلم يفصل و قال تعالى و احل لكم ماوراء ذلكم و لم يفصل وروت عائشه ان النبى عليه السلام قال الحرام لايحرم الحلال و عليه اجماع الصحابه و روى ذلك عن ابى بكر و عمر و ابن عباس و لا مخالف لهم، و المستفاد منه صريحا هو عدم احتياج الازدواج الى التوبه و فى المختلف يكره العقد على الفاجره و ان كان الزانى هو العاقد و غيره و ان لم يتب و ليس ذلك مخطوراً و اختاره الشيخ فى الخلاف و الاستبصار و به قال ابن ادريس و قال المفيد فان فجر بها و هى غير ذات بعل ثم تاب من بعد ذلك و اراد ان بيكنحها بعقد صحيح جازله ذلك بعد ان يظهر منها التوبه ايضا و الافلا.

قال الشيخ فى النهايه اذا فجر بامراه غير ذات بعل فلايجوز له

العقد عليها ما دامت مصره على مثل ذلك الفعل و اماذا ظهر له منها التوبه جازله العقد عليها و يعتبر توبتهابان يدعوها الى ما كان فيه فان جابت امتنع من العقد عليها و ان امتنعت عرف بذلك توبتها و تبعه ابن البراج و عدا بو الصلاح فى المحرمات الزانيه حتى تتوب و اطلق ـ و استدل العلامه بالجواز باصاله الا اباحه و لعدم حرمه الزنا فاشبه الاجنبى و لان الزنا لو منع حكم العقد من الدخول فى الوجود لكان دفعه بعد الوجود اولى و الثانى باطل و المقدم مثل و روايه الحلبى الى ان قال احتج الشيخ بروايه ابى بصير و عمار ثم قال و فى طريق الروايتين ضعفا مع ان ابا بصير لم يسند فى الاولى الى الامام و نحملهما عى الكراهه مع ان فى مضمونهما اشكالا انتهى ملخصاً.

لكنك قد عرفت عدم الضعف فى الروايه الاولى مويدا بروايات منها صحيحه كما عن اسحق بن جرير بسند الشيخ الشتراط التوبه و عدم الاشكال فى مضمون ما تقدم منها و الاستدلال الاخر كما ترى فالعمده هو تردد الشيخ فى كتبه حيث افتى تاره بالجواز مع الكراهه و اسند المنع الى قتاده و احمد و اخرى على الحرمه فى النهايه فان كان كتاب النهايه عنده من الكتاب الدقيقه التى يفتى فيها على مذاق الشيعه فيعلم فتواه و الافلا فيبقى فى المقام مفيد بعد كون ابن البراج و الحبلى من المتاخرين مع انه قال فى الخلاف انه اجماع الصحابه فالمعتمد هو الكراهه مع الجواز.

و الحبلى هو الشيخ تقى بن نجم الحبلى الفقيه المحدث من كبار

علمائنا الامامیه کان معاصراً للشیخ الطوسی و من اکبر تلامذ ته و من تلامیذا لسید المرتضی و یروی قدس الله اسرار هم عنه ابن البراج و هو خلیفه المرتضی، فی البلاد الحلبیه کما صرح به الشهید الثانی و له من الکتب الکافی فی الفقه و هو الشیخ عبدالعزیز بن نحریر بن عبدالعزیز بن البراج ابوالقاسم من فقهاء الاصحاب کان قاضیا فی طرابلس و نائبا لابی جعفر الطوسی فی البلاد الشامیه و له من الکتب المهذب و الموجز و الکامل و الجواهر و عماد المحتاج و غیر ذلک و توفی فی ۹ شعبان سنه ۴۸۱ و کان قرء علی السید و الشیخ و یروی عنهما ایضا و فتاوی العلمین المذکورین غالباً تابع لفتوی شیخ الطائفه قده.

كلمه حول الايه

و اما قوله تعالى الزانى لاينكح الازانيه او مشركه و الزانيه لاينكحها الازان او مشرک و حرم ذلک على المؤمنين مضافا الى اختصاصها بالمشهورات بالزنا كما سياتى يمكن ان يكون المراد منها الاخبار كما فى قوله تعالى الخبيثات للخبيثين الايه و هو المروى عن ابى جعفر و ابى عبدالله عليهما السلام حيث قالا هى مثل قوله الزانى لاينكح الازانيه او مشركه الايه ان اناسا هموا ان يتزوجوا منهن فنها هم الله عن ذلک و كره لهم كما عن مجمع البيان، فعليه تكون اخباراً عن شان المؤمنين و الفاسقين فشان الزانى النكاح بالزانيه او المشركه و بالعكس و حرم ذلک على المؤمنين اى فيه الخصاصه الذاتيه او الكراه، و على فرض كون العقد حراما، على المؤمنين و هم السملمون كافه لابد من رفع اليد عن ظاهر الايه حتى

یکون المراد من الزانی الزانی المشرک لعدم جواز نکاح المسلم الزانی و الزانیه بقوله و حرم ذلک علی المؤمنین اللهم الا ان یتصرف فی المؤمنین با عتباران الزانی حین یزنی لیس بمؤمن کما یدل علیه عده من الروایات فهو ایضا خلاف الظاهر فما فی مجمع البیان من ان المراد من النکاح العقد و ذلک الحکم ثابت فیمن زنا بامراه فانه لایجوزله ان یتزوج بها روی ذلک عن جماعه من الصحابه انتهی خلاف ما علیه معظم الاصحاب من الجواز مطلقا او بعد التوبه کما عن کثیر من العامه ایضا فلا بد من رفع الید عن ظاهر الایه اما من جهت کونها منسوخه بقوله تعالی و انکحو الایامی و الصالحین من عبادکم الخ کما عن سعید بن المسیب، و اما من جهه تقییدها بالتوبه بعد اختصاصها علی المشهورات لامطلقا الان المستفاد من عده منها استفاده الکراهه من الایه لورود لا ینبغی فی عده منها کما سیاتی و المستفاد منها ایضا اتحاد حکم الزانی و الزانیه مع انه فیه الکراهه بالاجماع فکذا فیها و یشهد بالکراه صحیح محمد ابن اسماعیل عن الرضا فی حدیث قال لاینبغی لک ان تتزوج الا بما مونه ان الله عزوجل یقول الزانی لاینکح الا زانیه او مشرکه و الزانیه لاینکحها الازان او مشرک و حرم ذلک علی المؤمنین ورواه الصدوق باسناده عن محمدبن اسماعیل باب ۶ ابواب المتعه.

هذا مع انه یمکن ان یستدل للجواز فی غیر المشهوره من دون ان یحتاج الی التوبه بالاطلاقات الوارده فی جواز المتعه بالفاجره من

دون تفصیل بین ما کان زنی به سابقا و بین من لم یزن کما فی روایه جمیل عن زراه قال ساله عما روانا عنده عن الرجل یتزوج الفاجره متعه قال لاباس و ان کان التزویج الاخر فلیحصن بابه.

و فی روایه علی بن یقطین قال قلت لابی الحسن علیه السلام نساء اهل المدینه قال فواسق قلت فاتزوج منهن قال نعم و المورد و هو علی بن یقطین المشهور فی جلاله القدر و المنزله لا یوجب مخصصا بعد ما کان سائلا عن الحکم.

و فی صحیح اسحق بن جریر فی حدیث الی ان قال ما کان علیه فی تزویجها شی انما یخرجها من حرام الی حلال، و لم یفصل.

و فی روایه الحسن بن طریف قال کتبت الی ابی محمد علیه السلام فی حدیث الی ان قال فکتب انما تحی سنه و تمیت بدعه فلا باس، فراجع الی غیر ذلک مما لم یفصل فی مقام البیان فالتوبه الوارده فی الروایات الوارده تحمل علی عدم الکراهه معها و اما بدونها فیحکم بالکراهه.

هذا کله بالنسبه الی الزانی و الزانیه و اما تزویج غیر الزانی الزانیه فیدل علیه ایضا عده من الروایات فره و المشهور الجواز و الخلاف للصدوق فی المقنع و ابی الصلاح الحلبی لظاهرا لایه قال فی المقنع و لاتتزویج الزانیه ولا تزوج الزانی حتی تعرف منهما التوبه فان الله عزوجل یقول الزانی لاینکح الزانیه او مشرکه و الزانیه لاینکحها الازان او مشرک و حرم ذلک علی المؤمنین فعلی فرض

اراده الحرمه من قول الصدوق یرد علیه اما اولا انه یقتضی اباحه نکاح الزانی المسلم للزانیه و المشرکه و اباحه تزویج الزانیه المسلمه للمشرک و لاریب فی بطلانه للاجماع علی التکا فی الاسلام و انه شرط فی النکاح و عدم جواز تزویج المسلم المشرکه و المشرک المسلمه کما هو ظاهر - و ثانیا انه یلزم بناء علیه عدم جواز تزویج الزانی الاعلی الزانیه و هو خلاف ما علیه الاصحاب من الحکم بجواز مناکحه الفاسق علی کراهه من غیر فرق بین الزانی و غیره لکن علی وجه الشده فی تزویج شارب الخمر فلم یستثنوا من الجواز الزانی فی شیی من مطاوی کلماتهم، و قد عرفت و ستعرف ان المراد من الایه هو المشهورات بالزنا و ان المراد من الحرمه فیها هو الکراهه و المراد منها الاخبار عن حال الزانی و انه لایرغب الافی الزانی بحسب طبعه و انما یمیل الی خبیثه من مثله او مشرکه تقرب من الزانیه و الزانیه ایضا المعلنه بالفسق لایرغب فی نکاحها الصالحون و المؤمنون و انما یمیل الی نکاحها الزانی و المشرک الذین هما مثلها فی الدنائه و الخباثه فالمشاکله و الالفه و کذا المنافره موجوده فی کل واحد من الطرفین کما فی قوله تعالی الخبیثات للخبیثین و الخبیثون للخبیثات و الطیبات للطیبین و الطیبون للطیبات اولئک مبرؤن مما یقولون لهم مغفره و رزق کریم.

و قد تقدم فی مجمع البیان ان الایه مثل قوله الزانیه و الزانی ما عن الباقر و الصادق علیهما لسلام و ثالثا علی فرض تمامیتها فی

الحرمه لابد من رفع الید عنها بروایات تدل صریحاً علی الجواز.

۱-(منها) صحیحه اسحق بن جریر قال قلت لابیعبد الله (علیه السلام) ان عندنا بالکوفه امراه معروفه بالفجورا یحل ان اتزوجها متعه قال فقال رفعت رایه قلت لالو رفعت رایه اخذها السلطان قال نعم فزوجها قال ثم اصغی الی بعض موالیه فاسرالیه شیئا فلقیت مولاه فقلت له ما قال لک فقال انما قال لی ولو رفعت رایه ما کان علیه فی تزویجها شیی انما یخرجها من حرام الی حلال.

۲-و صحیحه علی بن رئاب المروی فی قرب الاسناد قال سالت ابا عبدالله عن المراه الفاجره یتزوجها الرجل المسلم قال نعم و ما یمنعه ولکن اذا فعل فلیحصن بابه مخافه الولد.

۳-وروایه سعدان بن مسلم و اسمه عبدالرحمن عن علی بن یقطین قال قلت لابی الحسن نساء اهل المدینه قال فواسق قلت فاتزوج منهن قال نعم.

۴-وروایه زراره قال ساله عمار و انا حاضر عن الرجل یتزوج الفاجره متعه قال لابأس و ان کان التزویج الاخر فلیحصن بابه (مائه)

۵-و موثقه موسی بن بکر عن زراره عن ابی جعفر قال سئل عن رجل اعجبه امراه فسال عنها فاذا الثناء علیها فی شیی من الفجور فقال لابأس بأن یتزوجها و یحصنها، فلو کان التوبه دخیلاً فی الجواز لما کان للامام اهماله فی مقام وقت الحاجه کما هو موردهذه

الروايه.

و روايه ابن يقطين و صحيحه ابن رئاب و بعض اخر كما سياتى فعدم البيان يكشف فى امثال المقام عن عدم الحاجه اليه اصلاً و حمل فى استبصار هذه الروايه على صحيح العقد و ان فعل محرما و اخرى على ما اذا تابت و انت تعلم ان الجواز و المنع فى امثال المقامات يستفاد منهما الشرطيه و المناعيه لاالحكم التكليفى الصرف كما توهمه شيخ الطائفه قده.

۶ـو موثقه احمد بن محمد بن عيسى فى نوادره عن ابن مسكان قال حدثنى عما رالسا باطى قال سالت ابا عبدالله عليه السلام عن المراه الفاجره التى قد عرف فجورها ايتزوجها الرجل قال و ما يمنعه ولكن اذا فعل فليحصن بابه.

۷ـو عن جعفر بن محمد عليهما لسلام انه قال فى حديث فاما ان يتزوج الرجل امراه قد علم منها الفجور فيلحصن بابه اى يحفظها فقد سئل رسول الله صلى الله عيه و اله رجل فقال يا رسول الله ما ترى فى امراه عندى ما ترد، يد لامس قال طلقها قال فانى احبها قال فامسكها ان شئت.

۸ـو عن دعائم الاسلام عن ابى جعفر محمد بن على عليهما السلام انه سئل عن المراه الفاجره يتزوجها الرجل قال لاينبغى له ذلك و اهل السترو العفاف خير له و ان كانت امه وطئها ان شاء و لم يتخذها ام ولد لقول رسول الله صلى الله عليه و آله تخير و النطفكم

فیستفاد من جمیع ما ذکرنا ان عدم التـزویج حسـن اخـلاقی لانـه یوجب العار و الشناعه و اهل الستر و العفاف خیر له لعدم احتمال الشهبه و الدغدغه فیها بخلاف ما اذا کانت زانیه او مشهوره بالزنا و اضف الی ذلک الروایات الوارده فی جواز تزویج المراه المشـهوره بالزنا فتزویج غیر المشهوره بطریق اولی و فی قبال هـذه الاخـبار الوارده فی المشهوره و غیرها روایات اخر وارده فی تفسیر الایـه لکن لایمکن استفاده الحرمه منها.

۱ ـ منها صحیح الحلبی قال قال ابو عبدالله ﴿علیه السلام﴾ لاتتزوج المراه المعلنه بالزنا و لایتزوج الرجل المعلن بالزنا الا بعد ان تعرف منهط التوبه ـ الا ان الاجماع قائم علی الجواز مع الکراهه فی الزانی و اتحاد السیاق بقرینه الروایات الاخر یوجب حملها فی الزانیه ایـضاً عـلی الکراهه.

۲ ـ و منها صحیح زراره قال سالت ابا عبدالله عن قول الله عزوجل الزانی لاینکح الازانیه او مشرکه و الزانیه لاینکحها الازان او مشرک قال هُنَّ نساء مشهورات بالزنا و رجال مشهورون بالزنا و عرفوا به و الناس الیوم بذلک المنزل فمن اقیم علیه حد الزنـا او شـهر مـنهم بالزنا لاینبغی لاحدان یناکه حتی یعرف منه توبه.

و مثله ما عن داود بن سرحان و ابی الصباح الکنانی لکن قـوله لاینبغی لو لم یکن ظاهر فی الکراهـه فـهو غـیر ظـاهر فـی الحـرمه فیحمل علی الکراهه بقرنیه ما تقدم.

۳ ـ و منها صحيحه محمدبن مسلم عن ابی جعفر علیه السلام فی قوله عزوجل الزانی لاینکح الازانیه او مشرکه قال انما هم رجال و نساء کانوا علی عهد رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم مشهورين بالزنا فنهی الله عزوجل عن اولئک الرجل و النساء و الناس اليوم علی تلک المنزله من شهر شیا من ذلک او اقيم عليه حد فلا تزوجوه حتی تعرف توبته ـ و فی الوافی و الناس اليوم بذالکالمنزل يعنی ان الايه نزلت فيمن کان متهما علی عهد رسول الله (ص) و لکن حکمها باق الی اليوم و ليست بمنسوخه کما ظن قوم ـ و يمکن ان يقال ان قوله لاتزوجوه نقل بلفظ النهی باعتبار فهم الروای له من کلمه (لاينبغی) و ان کان الروايه عن ابی جعفر علیه السلام و کيف کان فلا بد من رفع اليد عن ظاهرها بالروايات الاخر المتقدمه بل روايه زراره الظاهره فی الکراهه.

۴ ـ و منها خبر حکم بن حکيم عن الصادق علیه السلام فی قوله تعالی الزانيه ينکحها الازان او مشرک قال انما ذلک فی الجمر ثم قال لوان انسانا زنی ثم تاب تزوج حيث يشاء

۵ ـ و خبر محمدبن الفيض قال سالت ابا عبدالله عن المتعه قال نعم اذا کانت عارفه الی ان قال و اياکم و الکواشف و الدواعی و البغايا و ذوات الازواج قلت ما الکواشف قال اللواتی يکاشفن و بيوتهن معلومه و يوتين قلت فالدواعی قال اللواتی يدعين الی انفسهن و قد عرفن بالفساد قلت فما البغايا قال المعروفيات بالزنا قلت فذوات

الازواج قال المطلقات على غير السنه.

و المنع فى هذه الروايه ايضاً محموله على الكراهه فكان السائل ايضا فهم هذا المعنى فلذا سئل عن المراد بذوات الازواج فلولم يكن فهم الكراهه لما كان وجه لسئوا له فان نكاح ذات الزوج حرام و اما ذوات الازواج على غير السنه كما اذا طلق عامى امراته على طريقه العامه فان المشهور بل المسلم بين الاصحاب جوازه.

۶ـ و منها روايه محمد بن الفضل قال سالت ابا الحسن ﴿عليه السلام﴾ عن المراه الحسناء الفاجره هل تحب للرجل ان يتمتع منها يوما او اكثر فقال اذا كانت مشهوره بالزنا فلا يتمتع منها و لا ينكحها و الروايه مع ضعف فى سندها تحمل على الكراهه بقرنيه فقوله هل تحب فقو له (فلا يتمتع الخ) اى فلا يحب ان يتمتع و لاينكحها.

و فى هذا الباب ورايات اخر فى المستدرک، لايستفاد منها مع الجمع بين الطائفتين الا الكراهه فراجع.

و ختاماً لهذه النشره ننقل على حضراتكم روايه الحسن بن الطريق قال كتبت الى ابى محمد ﴿عليه السلام﴾ و قدر تركت التمتع ثالثين سنه ثم نشطت لذلک و كان فى الحى امراه و صفتلى بالجمال فمال قلبى اليها و كانت عاهراً لاتمنع يد لامس فكرهتها ثم قلت قد قال الائمه (ص) تمتع بالفاجره فانها تخرجها من حرام الى حلال فكتبت الى ابى محمد عليه السلام اشاوره فى المتعه و قلت ايجوز بعد هذه السنين ان اتمتع فكتب انما تحى سنه و تميت بدعه فلا بأس و اياک و

جارتک المعروفه بالعهر و ان حدثتک نفسک ان ابای قالو اتمتع بالفاجره فانک تخرجها من حرام الی حلال فان هذه امراه معروفه بالتهتک و هی جاره و اخاف علیک استفاضه الخبر منها فترکتها و لم اتمتع بها و تمتع بها شاذان بن سعید رجل من اخواننا و جیر اننا فاشتهر بها حتی علا امره و صار الی السلطان و غرم بسببها ما لانفیسا و اعاذنی الله من ذلک ببرکه سیدی.

فان المستفاد منها الجواز من دون احتیاج الی التوبه لکن النهی عنها بالخصوص لاجل امر اخر کما فهم ذلک الراوی و تزوج شاذان ایضا دلیل علی عدم احتیاجه الی توبه و غیره و الروایات المانعه و ان کانت صالح للحمل علی التقیه ایضا خصوصا الروایات الوارده فی المتعه الا ان الجمهور منهم ایضا قالوا بالجواز.

قال ابن رشد فی بدایه المجتهد، ما لفظه و اختلفوا فی زواج الزانیه فاجاز هذا الجمهور و منعها قوم و سبب اختلافهم فی مفهوم قوله تعالی (الزانیه لاینکحهما الازان او مشرک و حرم ذلک ذلک علی المؤمنین) هل خرج مخرج الذم او مخرج التحریم، و هل الاشاره فی قوله (و حرم ذلک علی المؤمنین) الی الزنا او الی النکاح و انما صار الجمهور لحمل الایه علی الذم لاعلی التحریم لما جائت فی الحدیث ان رجلا قال للنبی صلی الله علیه و آله و سلم فی زوجته انها لا تردید لامس فقال له النبی (ص) طلقها فقال انی احبها فقال له امسکها و قال قوم ایضا ان الزنا یفسخ النکاح بناء علی هذا الاصل و

به قال الحسن البصرى انتهى.

لكنه يرد عليه مضافا الى كون الاشاره فى الايه انما هو الى المبحوث عنه و هو النكاح دون الزنا ان الروايه التى اوردها (و قد ورد من طرقنا ايضا مثل ذلک)

لا تدل على المطلوب لكون المطلوب احداث الزوجيه و الابقاء عليها ليس نكاحا حتى يستفاد حكمه من الايه و الخبر انما تدل على الثانى و قد ورد من طرفنا ان الحرام لايحرم الحلال كما سيجى، و الجمع بين الطائفتين هو حمل الاخيره على الكراهه.

فی حکم الزوجه اذا زنت و الزوج کذلک

و لا تحرم الزوجه الزانیه و ان اصرت وفا قال لمشهور و یدل علیه الاصل و الاطلاقات من الکتاب و النصوص التی منها ما تقدم.

۱ ـ و منها موثقه عباد بن صهیب عن جعفر بن محمد «علیه السلام» قال لابأس ان یمسک الرجل امراته ان راها تزنی اذا کانت تزنی و ان لم یقم علیها الحد فلیس علیه من اثمها شیی.

۲ ـ و منها ماروواه احمد بن محمدبن عیسی فی نوادره عن ابن ابی عمیر عن علی بن یقطین عن زراره عن ابی عبدالله علیه السلام قال جاء رجل الی النبی صلی الله علیه و آله فقال یا رسول الله ان امراتی لا تدفع یدلامس قال طلقها قال یا رسول الله انی احبها قال امسکها.

۳ ـ و عن النضر عن عبدالله بن سنان قال سألت ابا عبدالله علیه السلام عن رجل رای امراته تزنی ایصلح له ان یمسکها قال نعم ان

شاء راجع المستدرک ص ۵۷۷ الجد الثانی.

۴ـ و فی دعائم اسلام عن جعفر بن محمد علیهما السلام انه قال فی حدیث فاما ان یتزوج الرجل امراه قد علم منها الفجور فلیحصن بابه ای یحفظها فقد سئل رسول الله (ص) رجل فقال یا رسول الله ما تری فی امراه عندی ما ترید لامس قال طلقها قال انی احبها قال امسکها ان شئت، و الروایه شاهده و لیست دلیلاً.

۵ـ و فی الوسائل ابواب الحدود و التعزیرات صحیحه زراره عن ابی عبدالله قال جأ رجل الی النبی فقال یا رسول الله ان امراتی لا تدفع یدلامس قال فطلقها فقال یا رسول الله (ص) انی احبها قال فامسکها.

۶ـ و صحیحه عبد الله بن سنان قال سألت ابیعبدالله عن رجل رأی امراته تزنی ایصلح له ان یمسکها فقال نعم انشاء.

۷ـ و موثقه بن مسلم عن ابی جعفر ﴿علیه السلام﴾ قال قضی امیرالمؤمنین فی امراه زنت و شردت ان یربطها امام المسلمین بالزوج کما یربط البعیر الشارد بالعقال.

و قد تقدم جواز نکاح المشهوره بالزنا المستفاد منها حکم المراه الزانیه بعد التزویج بالاولویه فهذه الروایات المتضافره مما یوجب الاعتماد علی الجوز و فاقا للمشهور بین الاصحاب و المخالف فی المسئله هو المفید و سلار الدیملی فانهما قالا بالتحریم مع الاصرار لفوات فائده التناسل معه فلو ابیح له نکاح المصره بالزنا لزم اختلاط الانساب و هو محذور عنه شرعاً و لا نسب له و لاحرمه لمائه، و

استحسنه فی الریاض و قال مع انه لو تم لوجب اطراد الحکم فی مطلق الزنا من دون تخصیص بالاصرار و علی القولین فالزوجیه باقیه اجماعا کما عن المبسوط انتها.

قال فیه اذا کانت له زوجه فزنت لاتبین منه و الزوجیه باقیه اجماعا الا الحسن البصری و عن المفید فی المقنعه اذا کان للرجل امراه ففجرت و هی فی بیته و علم ذلک من حالها (فهو) بالخیاران شاء امسکها و ان شاه طلقها و لم یجب علیه لذلک فراقها، و لایجوز له امساکها و هی مصره علی الفجور فان ظهرت التوبه جاز له المقام علیها و ینبغی ان یعتز لها بعد ما وقع من فجورها حتی یستبرئها و الصریح منه عدم انفساخ النکاخ لقومه فان ظهرت التوبه الخ الظاهره فی بقاء الزوجیه بل الصریحه فالمراد من عدم جواز الامساک اما ان یکون وجوب الطلاق فیکون متفردا فی فتواه او نفیها عنها الی بلد اخری علی وجه بعید و قد اخذ السلار الحرمه فی صورت الاصرار عن المفید حیث قال و ان زنت امراته لم یحرم علیه الا ان تصرفان الاستثناء یقتضی التحریم فان کان المراد منه انفساخ الزوجیه و یراد من الحرمه الوضعیه کما هو الظاهر من التعبیر فی الحرمه فی امثال المقام لکان موافقا للحسن البصری مع ان الشیخ فی المبسوط ادعی الاجماع علی عدم البینونه منه واکد ذلک بقوله و الزوجیه باقیه اجماعا الاعن الحسن البصری.

و قال فی الخلاف انه قال به جمیع الفقها فلا بد ان یراد من الحرمه

اما وجوب الطلاق او التبعید او و وجوب الاستبراء کما تقدم فی عبارت المفید فما یظهر من ابن حمزه فی الوسیله و اذا اصرت المراه عند زوجها علی الزنا انفسخ نکاحها علی قول بعض الاصحاب، مضافا الی کونه اجتهاداً فی قبال کلمات الاصحاب اما ان یراد منه الصدوق مقیدا ذلک بالاصرار بما قبل لدخول و ان کان لایلائم قوله ایضا فانه قال بالتفریق لمجرد الزنا بمقتضی الروایه و لم یعلم المراد من التفریق فی عبارته جزماً حتی یراد منه الانفساخ فیمکن ان یکون مراد الصدوق علیه الرحمه بالتفریق ایضا هو الطلاق او الفسخ و اما ان یکون هو المفید بقوله (ترد) مع انها ایضا لیست صریحه فی الانفساخ فکیف کان یمکن ان یکون مستند المفید و سلار هو الروایات الضعیفه ای روایه یونس و السکونی الاتیتین و روایه عبدالرحمن بن الحجاج من جهت السند و الدلاله باعتبار عدم وضوح المراد من التفریق و الترک فیها فقولهما بل مع قول الصدوق لا یخالف الاجماع الذی ادعاه فی المبسوط و الخلاف علی بقاء الزوجیه فالروایتان اما ان تکونا مطرودتین و اما ان تکونا مؤولتین علی وجه لایخالف الروایات المتضافره الناطقه ببقاء الزوجیه و عدم وجوب الطلاق کما قد عرفت فعدم البینونه یمکن ان یکون مما اتفق الکل علیه الاالحسن البصری.

و عن الصدوق فی المقنع و اذا زنت المراه قبل دخول الرجل بها فرق بینهما ولاصداق لها لان الحدث من قبلها و اورد علیه فی

المختلف فی فصل العیوب و التدلیس ان الطریق ضعیف و الوجه ان الزنا لایوجب الرد و قد سلف فی المحدوده.

قال فی الخلاف مسئله ۷۰ نکاح اذا کانت عنده زوجه فزنت لاینفسخ و الزوجیه باقیه و به قال جمیع الفقهاء و قال الحسن البصری تبین منه و روی ذلک عن علی علیه الصلوه و السلام دلیلنا اجماع الفرقه و اخبارهم و الاصل بقاء العقد و انفساخه یحتاج الی دلیل ثم استدل بقوله (ص) الولد للفراش و بما روی عن ابن عباس ان رجلا اتی النبی صلی الله علیه و آله فقال امراتی لاتکف یدلامس فقال طلقها فقال انی احبها فقال امسکها فلو بانت منه لما امره بامساکها انتها.

قال فی المختلف اختلف الشیخان فقال المفید ترد المحدوده فی الفجور و به قال سلارو ابن البراج و اختاره ابن الجنید و ابوالصلاح و قطب الدین الکیدری و قال فی النهایه المحدوده فی الزنا لاترد و کذلک التی کانت زنت قبل العقد فلیس للرجل ردها الا ان له ان یرجع الی ولیها بالمهر و لیس له فراقها الا بالطلاق و قال ابن ادریس الذی یقول فی نفسی ان المحدوده لاترد بل یرجع علی ولیها بالمهر اذا کان عالما بدخیله امرها فان اراد فراقها طلقها و الاقرب عندی عدم الرد للاصل ثم استدل بروایه الحلبی و روایه رفاعه بن موسی و نحن نوردهما بعد الا ان الغرض من نقل موارد الاختلاف هو ایضاح محل النزاع و ان الزوجیه لاتنفسح علی قول المفید و سلار ایضا

الاما عن ابن حمزه فانه قال فاذا اصرت المراه عند زوجها علی الزنا انفسخ نکاحها علی قول بعض الاصحاب کما فی المختلف فی ابواب المصاهره فان المفید و سلار قائلین بالرد علی خلاف المشهور فالزوجیه باقیه علی کل حال قبله کما ادعی علیه الاجماع فی المبسوط الا انه فی المصره تحرم و فی المحدوده ترد علی قول المفید و سلار و الاحتیاج الی الطلاق مع الاصرار لاینافی الحرمه.

و مما یدل علی عدم وجوب الردوان الزوجیه باقیه الروایات الوراده فی ابواب العیوب و التدلیس.

فمنها صحیحه عبدالرحمن بن ابی عبدالله التی رواه فی الوافی عن التهذیب قال سالت ابا عبدالله علیه السلام عن رجل تزوج امراه فعلم بعد ما تزوجها انها قد کانت زنت قال ان شاء زوجها اخذ الصداق زوجها و لها الصداق بما استحل من فرجها و ان شاء ترکها قال ترد المراه من العفل و البرص و الجذام و الجنون فاما ما سوی ذلک فلا.

ولیعلم انه لایستفاد منها الحصر و ذیل الروایه بصدد بیان الرد من العیوب المذکوره فقط و لایظهر منها عدم الرد من غیرها کالزنا و بعباره اخری الحصر انما هو بالنسبه الی العیوب بالبدنیه لابالنسبه الی غیرها ـ اضف الی ذلک انه لابد من رفع الیدعن الحصر بقرینه الروایات الاخر و ایضا انه لم یعلم صدور الذیل مع الصدرفی مجلس واحد حتی یکون الذیل دلیلا علی المطلب و لعل الجمع بین الصدر و الذیل اما من ابن الحجاج او من غیره من

الروايات فلا يصلح للاستدلال بها كما سياتى فى باب العيوب و غيره و فى باب العيوب القول بجواز الفسخ بالزمانه و هى العاهه كما فى الرياض و فى العرج و الاقعاد و كذا فى صورت ضيق الفرج و فى الرتق بناء على عدم كونه قرنا و فى مخيط الشفرتين كما عن التحرير فلا يبعد القول به فى صوره عدم العلاج فلا يبقى مع ذلك للحصروجه.

و منها صحيحه الحلبى عنه عليه السلام انه قال فى الرجل يتزوج الى قوم فاذا امراته عوراء و لم يبينوا له قال لاتردو قال انما يرد النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل الحديث.

و رواه الكلينى عن على بن ابراهيم عن ابيه عن ابن ابى عمير عن حماد مثله الا انه اسقط لفظ (انما) و على فرض وجود كلمه (انما) فى الروايه يمكن ان يكون الحصر المستفاد منها بالنسبه الى العور فلايدل على عدم الفسخ من الزنا.

اضف الى ذلك ان الروايه ظاهره فى عدم الرد حتى مع التدليس بالعور كما هو مورد الروايه مع صدق التدليس مع العور و لو مع السكوت فهى تخالف الروايات الداله على جواز الفسخ مع التدليس فلابد ان يحمل على الحكم الاخلاقى لاعلى صرف التعبد.

و منها صحيح رفاعه بن موسى قال سالت ابا عبدالله عن المحدود و المحدود هل ترى من النكاح قال لاقال ترد من الفعل و البرص و الجذام و الجنون و اما ما سوى ذلك فلك و رواه الشيخ باسناده عن

محمد بن یعقوب.

و یمکن ان یکون المراد من السئال من جهه وجوب الرد کما عن الحسن البصری فالمراد من قوله (لاترد) هو عدم وجوب الرد فلا یستفاد عدم جواز الرد منها واضف الی ذلک عدم العلم بصدور الذیل مع الصدر فی مجلس واحد.

و منها صحیح عبدالرحمن بن ابی عبدالله قال امراه ترد من اربعه اشیاء من البرص و الجذام و الجنون و القرآن و هو الفعل ما لم یقع علیها فاذا وقع علیها فلا، و لعل هذه هی الروایه السابقه التی نقلناها من الوافی -و یستفاد من روایا تحصر اسباب الرد فی الاربعه ایضا عدم جواز الرد فی صوره الاصرار بالزنا کما لایخفی الا ان یکون الحصر السمتفاد بالنسبه الی العیوب البدنیه لاغیرها و هو ایضا بعید.

و فی المستدرک عن النوادر عن فضاله عن رفاعه بن موسی قال سالته علیه اسلام عن المحدوده قال لایفرق بینهما.

نعم فی قبال هذه الروایات صحیحه الفضل بن یونس قال سالت اباالحسن موسی بن جعفر عن رجل تزوج امراه فلم یدخل بها فزنت قال یفرق بینهما و تحد الحدو لاصداق لها لان الحدث کان من قبلها.

و صحیح اسمعیل ابن ابی زیاد و السکونی العامی الثقه عن جعفر بن محمد عن ابیه علیهما السلام قال قال علی فی المراه اذا زنت قبل ان یدخل بها زوجها و قال یفرق بینهما و لاصداق لها لان الحدث کان

من قبلها.

و من المعلوم عدم التعارض بين الطائفتين بعد تخصيص الطائفه الاولى بالعيوب البدنيه و حمل هذين الخبرين على الاطلاق فلاتنا فى البين اصلا و سياتى فى باب اليعوب ان العقلاء ايضا لايلتزمون العقد فى صورت كون المراه معيوبه ببعض العيوب عرفاً كما اذا كان رسها مثلا على قفاها او انفهافى عقب رقبتها الى غير ذلك فاستفاده الحصر فى غايه الاشكال و القول بالانفساخ اشدا شكالاً.

و استدل المفيد عليه الرحمه بصحيحه عبدالرحمن بن ابى عبدالله عن الصادق عليه السلام قال سالته عن رجل تزوج امراتاً فعلم بعد ما تزوجها انها كانت قد زنت قال انشاء زوجها اخذ الصداق ممن زوجها و لها الصداق بما الستحل من فرجها و ان شاء تركها الحديث.

و يرد عليه ما اورده عليه الشيخ ان هذا لا ينافى ما قد مناه منا نه ليس له الرد بمجرد الفسق لانه قال اذا اذا علم انها كانت قد زنت كان له الرجوع على وليها بالصداق و لم يقل ان له ردها و لم يمنع ان يكون له استرجاع الصداق و ان لم يكن له رد العقد لان احد الحكمين منفصل عن الاخر انتها.

لكنك قد عرفت من ذيل الحديث فيما تقدم انه يدل على عدم جواز الرد بقوله فاما ما سوى ذلك فلا راجع صحيح عبدالرحمن المتقد مه انفاً.

و ایضا ان ما ادعاه من امساکها مع اخذ الصداق ممن زوجها مما لا یوافق اصولهم و قواعدهم لعدم کون البضع مجانا و کانه علی هذا حمل قوله ان شاء ترکها علی ترک اخذ المهر کما صرح به فی الحدائق و الافلا معنی لهذا الکلام علی تقدیر حمله المذکور فاتخییر بین فراقها و امساکها لکنه عبر عن فراقها بلازمه الذی هو استرجاع المهر ممن زوجها.

و قد اعترض علیه فی المختلف فقال اذا ثبت عدم کونه عیبا فلا یلزم علی الولی مهر و ان کان عیبا کان علیه الفسخ و الرجوع.

لکنک ستعرف فی باب العیوب انه مع التدلیس یوجب الفسخ و مع عدمه لا یوجبه کما سیاتی.

فالروایات الداله علی التفریق اما ان یحمل علی استحباب الطلاق او علی مده النفی کما فی الوسائل و انه قال ایضا و تقدم فی عده احادیث ان الحرام لا یحرم الحلال ـ فهذه الطائفه من الروایات ایضا تؤید فتوی المشهور و اما ان یحمل علی التقیه لموافقته بفتوی الحسن البصری و ان الزنا علی مذهبه یفسخ النکاح کما یمنع من صحته علی ما نقل عنه ابن رشد فی بدایته ص ۴۰ کتاب النکاح فراجع فاذا کان المراد من التفریق بینهما هو انفساخ الزوجیه فالروایات مخالفه لاجماع الطائفه بل حتی المخالفین ایضا الا البصری الا ان یقال ان المراد منه الطلاق کما قد عبر عنه بالتفریق فی باب الخصی و العنین و غیرهما.

(فی زناء الزوج)

١ ـ و اما زناء الزوج فیدل علی عدم التفریق صحیحه رفاعه بن موسی ان سئل ابا عبدالله عن الرجل یزنی قبل ان یدخل باهله ایرجم قال لا قلت هل تفرق بینهما اذا زنی قبل ان یدخل بها قال لا.

و یدل علی الفریق روایه طلحه بن زید عن جعفر عن ابیه ﴿علیهما السلام﴾ قال قرات فی کتاب علی ﴿علیه السلام﴾ ان الرجل اذا تزوج المراه فزنی قبل ان یدخل بها لم تحل له لانه زان و یفرق بینهما و یعطیها نصف الصداق.

و روایه علی بن جعفر عن اخیه موسی ﴿علیه السلام﴾ قال سالته عن رجل تزوج بامرته فلم یدخل بها فزنی ما علیه قال یجلدا لحد و یحلق رأسه و یفرق بینه و بین اهله و ینفی سنه ـفلابد من حملهما اما علی استحباب مطالبه الطلاق و اما علی التفریق بینهما بنفی الزوج سنته.

قال الصدوق طاب ثراه فی العلل بعد نقل روایه طلحه و الذی افتی به و اعتمد علیه فی هذا لباب ما حدثنی محمد بن الحسن رضی الله عنه عن محمد بن الحسن الصفار عن احمد بن محمد بن عیسی عن الحسین بن سعید عن ابی ابی عمیر و فضاله بن ایوب عن رفاعه قال سالت الی ان قال و زاد فیه ابن ابی عمیر و لا یحصنن بالامه فیظهر من کلمته ایضا ان الافتاء و الاجتهاد کان متداولاً فی عصر الصدوق و من قبله فانها اجتهد فی ترجیح بعض الروایت علی بعض ثم افتی بما هو المرجح فی نظره و افتی بهٖ فهو مما یدل علی بطلان مقاله الاخباریین القائلین بعدم جواز الافتاء و الاجتهاد هذا و لکنه افتی فی المقنع بخلاف ما فی العلل بقوله اذا تزوج الرجل المراه فزنی قبل ان یدخل بها لم تحل له لانه زان و یفرق بینهما و یعطیها نصف الصداق و فی حدیث اخر یجلد الحد و یحلق راسه و یفرق بینه و بین اهله و ینفی سنه. و کیف کان فالامر بعد اعراض المشهور عنها یحمل علی ضرب من الکراهه و الظاهر تفرد الصدوق فی هذه المسئله و عدم موافقه المفید و غیره له فیها فیکون شاذا فلابد من ترکه و الاخذ بما اشتهر بین الاصحاب، و اما حمل حدیث طلحه و ما فی معناه علی ما اذا اشتهر بالزنا و حدیث رفاعه علی ما اذا لم یشتهر کما ارتکبه الفیض فی الوافی فمما لا شاهد له و لیس هذا الجمع عرفیا بعد و اتحاد مورد هما و هو الزنا قبل الدخول بالزوجه.

فی الزنا بذات البعل و العده

و لو زنی بذات بعل اوفی عده رجعیه حرمت علیه ابدا فی قول مشهور ففی کشف اللثام نسبه الی قطع الاصحاب و فی الجواهر لا اجد فیه خلافا کما عن جماعه الاعتراف به و عن الغنیه و الحلی و فخر المحققین الاجماع علیه و عن السید فی الانتصار مما انفردت به الامامیه القول بان من زنی بامراه لها بعل حرم علیه نکاحها ابدا و ان فارقها زوجها و باقی الفقهاء یخالفون فی ذلک و الحجه فی ذلک اجماع الطائفه الی ان قال و قد ورد من طرق الشیعه فی حظر ما ذکرناه اخبار معروفه ثم قال و مما ظن انفراد الامامیه به القول بان من زنی بامراه و هی فی عده من بعل له فیها علیها رجعه حرمت علیه بذلک و لم تحل له ابدا و الحجه لاصحابنا فی هذه المسئله الحجه التی قبلها و الکلام فی المسئلتین و احد انتهی.

و فی الفقه المنسوب الی مولانا الرضا «علیه السلام» و من تزوج امراه لها زوج دخل بها او لم یدخل بها او زنی بها لم تحل له ابدا ـ و یمکن ان یکون مقصود السید قده من الروایات المعروفه هو الروایات الوارده فی تزویج ذات البعل و ذات العده الرجعیه و استفاده حکم الزنا منها بالاولویه القطعیه و عن العلامه فی التحریر من زنی بذات بعد سواء دخل بها البعل اولا اوفی عده رجعیه حرمت علیه ابداً سواء علم فی حال زناه کونها ذات بعل او عده رجعیه او لم یعلم و لو زنی بذات عده باین او عده وفات فالوجه انه لا یحرم علیه عملا بالاصل و لیس لاصحابنا فیه نص الی ان قال و لو زنی بمتمتع بها فی المده حرمت ابدا و لو انقضت المده ـ قبل انقضاء العده فالاشکال کما قلناه فی عده البائن و التحریم یحصل مع الزنا فی القبل او الدبر لصدق اسم الزانی علیها و لو زنی بات بعل لشبهه فالوجه التحریم انتها.

و فی الریاض عن بعض متاخری الاصحاب انه قال روی ان من زنی بامراه لها بعل او فی عده رجعیه حرمت علیه لا تحل له ابدا قال و هو ینادی بوجود الروایه فیه بخصوصه.

و مع ذلک کله اذا قطعنا النظر عن الاجماع یمکن الخدشه فی جمیع ذلک اما ادعاء السید فی الانتصار فیمکن ان یکون بمقتضی الروایات الوارده فی باب العقد علی ذات الزوج مع عدم تمامیه المطلب فیه او اراده اخبار ذات العده الرجعیه و غیرها کما تقدم و

الاخبار التى ادعاها لو كانت معروفه لو صلت بايدينا واحده منها، و اما الفقه الرضوى فلعدم سند صحيح لهذا الكتاب و عدم اعتباره و عدم معلوميته مولفه كما لا يخفى و اما روايه الرياض فمما لم يثبت لنا وجودها و اما الاولويه فممنوعه اذا لاحكام التعبديه لا يمكن منها استفاده المناط فلعل المفسده فى تزويج ذات البعل اشد من مفسده الزنا بها فتامل ـ الا ان الظاهر من العلامه و من تقدمه وجود الاجماع و حيث اسنده الى قطع الاصحاب فى كشف اللثام و الترديد من المحقق فى الشرايع بقوله على قول مشهور لا يعتنى به و ان كان فيه مجال التامل ايضا كما كان محل التامل فى التزويج بذات البعل.

و الكلام فى العده الرجعيه هو الكلام فى ذات البعل لما عن الانتصار و غيره و اما الزنا بذات العده البائنه او عده الوفات فالاصل عدم الحرمه و عدم وجود نص للاصحاب فيه كما اعترف به العلامه و لا فرق فيما ذكرناه بين الزنا فى القبل او الدبر لصدق اسم الزانى عليها سواء علم فى حال الزنا انها ذات بعل او عده رجعيه او لم يعلم ذلک.

و اما اذا يكون الوطى لشبهه من طرف الواطى مع علم الزوجه به فالاقوى ايضا عدم التحريم لعدم الدليل فمع الشک فى كون الوطى السابق هل كان عن شبهه حتى لا يكون محرما او كان على وجه الزنا حتى يكون حراما فلا يمكن الاخذ فى هذه الصوره بالعمومات من قبيل احل لكم ماوراء ذلكم و انكحوا لا يامى او و انكحوا ما طاب

لکم من النساء لکون التمسک بها من التمسک بـالعام فـی الشـبهه المصداقیه للمخصص و کذلک لا یمکن التسمک بقوله ان الحـرام لا یحرم الحلال لکون المصداق من الشبهه المصداقیه و غیر ذلک من الاخبار و هل یمکن التمسک بالاستصحاب ای استصحاب الحـلیه الذاتیه التی کانت قبل التزویج او فی حـال التـزویج فـالظاهر عـدم المانع من التمسک بها و الحرمه الظـاهریه و العـرضیه بـواسـطه الازدواج قد انقطع بقطع سببه و هـو الزوجـیه فـیبقی اسـتصحاب الحلیه الذاتیه بلا معارض کما هو ظاهر.

فی عدم صحه‌العقد بعد اللواط علی‌الغلام لامه او اخته او بنته

من فجر بغلام فاوقبه حرم علی الواطی العقد علی ام الموطوء و اخته و بنته و لا یحرم احدا یهن لو کان عقدها سابقا انتها.

و المراد من الاخت هی بنفسها دون بناتها اتفاقا لعدم صدق الاسم علیها بخلاف الام فانها و ان علت ام و البنت فانها و ان نزلت بنت من ذکر او انثی من النسب اتفاقا و من الرضاع کما سیجیی.

قال فی المختصر النافع من لاط بغلام فاوقبه حرمت علیه ام لغلام و بنته.

و فی الخلاف اذا فجر بغلام فاوقب حرم علیه بنته و امه و اخته و قال الاوزاعی اذا لاط بغلام حرم علیه بنت هذا الغلام لانها بنت من قد دخل به و خالف فی ذلک جمیع الفقهاء دلیلنا اجماع الفرقه و اخبارهم و طریقه الاحتیاط تقتضی تجنب ذلک ـ مسئله ۹۰ نکاح

خلاف.

و فی الانتصار مما انفردت الامامیه به القول بان من تلوط بغلام فاوقب لم تحل له ام الغلام و لا اخته و لا بنته ابداً و حکی عن الاوزاعی و ابن حنبل ان من تلوط بغلام یحرم علیه تزویج ابنته و الطریقه فی هذه المسئله کالطریقه فی ما تقدمها من المسائل و فی الناصریات فی مسئله ان الزنا لا یوجب تحریم المصاهره الی ان قال فان قیل فی الخبر الاول (لا یحرم الحرام الحلال) انتهم تذهبون الی خلاف ذلک و تقولون ان من تلوط بغلام فاوقبه لم تحل له امه و لا اخته و لا و لا بنته ابداً قلنا ظاهرا لخبر یدخل فیه ما عارضتم به و انما اجزنا منه المتلوط بدلیل و لا دلیل علی ما اختلفنا فیه یوجب تخصیص الظاهر.

و فی القواعد لوا وقب غلاما او رجلاً حیا او میتا علی اشکال حرم علیه ام الغلام او الرجل او اخته او بنته موبدا من النسب و من الرضاع و فی الفاعل الصغیر اشکال.

و فی اتحریر ما لفظه لو لاط بغلام او رجل فاوقب فانه یحرم علی اللائط ام المفعول به و اخته و بنته تحریما موبدا سواء کان اللواط بایقاب الحشفه بکمالها او بجزئها بعد ان یتحقق الایقاب و سواء کانا صغیرین او کبیرین او بالتفریق و لاتحرم علی المفعول اقارب الفاعل و لا تحریم مع عدم الایقاب من الطرفین و یحرم مع الایقاب جده المفعول و ان علت و بناته و ان نزلن و لو کان له ام او اخت او

بنت من الرضاع فالاقرب تحريمهن ايضا و لا تحرم بنت اخيه و لا اخت ابيه و لو لاط المجنون فالاقرب التحريم عليه بعد زوال عذره و لو لاط مكرها على اشكال او تشبه عليه بامراه فكذلك انتها.

و عن الشهيد فی اللمعه من اوقب غلاما او رجلا حرمت على الموقب ام الموطوء و اخته و ابنته و قال الشارح و لا فرق فيهما بين الصغيرين و الكبيرين على الاقوى للعموم فيتعلق التحريم قبل البلوغ بالولى و بعده به و فی المحکی عن النهايه من فجر بغلام فاوقب حرم عليه العقد علىٰ امه و اخته و بنته على جميع الاحوال و فی مختصر النهايه من لاط بغلام فاوقبه حرمت عليه ام الغلام و بنته انتهى هذه جمله مما صرحوا به فی عنوان المسئله لكن لادليل على ذلك ما اشار اليه السيد و الشيخ قدس سرهما فی الخلاف الاخبار الوارده فيها.

١ ـ (فمنها) صحيحه ابن ابی عمير عن بعض اصحابنا عن ابیعبد الله فی رجل يعبث بالغلام قال اذا اوقب حرمت عليه ابنته و اخته.

٢ ـ و منها روايه ابراهيم بن عمر (الذی هو كالصحيح لتوشيق النجاشی اياه المقدم على تضعيف ابن ابغضائری كما فی محله) عن الصادق ﴿عليه السلام﴾ فی رجل يلعب بالغلام هل تحل له امه قال انكان ثقب فلا.

٣ ـ و روايه حماد بن عثمان قال قلت لابی عبدالله رجل اتی غلاما اتحل عليه اخته قال فقال انكان ثقب فلا.

۴ـ و عن الصدوق فی عقاب الاعمال قال روی عن ابیعبد الله فی رجل لعب بغلام قال اذا اوقب لم تحل له اخته ابدا.

فهنا امور الاول فی الایقاب و انه هل یتحقق ببعض الحشفه کما عن التحریر و قد تقدم و عن القواعد و الایقاب ادخال بعض الحشفه و لو قلیلا و نص علیه ابن ادریس کما عن کشف اللثام.

و عن اقرب الموارد اوقب الرجل ایقابا الشیی ادخله فی الوقبه الوقب مصدر و نقرت فی الصخره یجتمع فیها الماء و کل نقره فی الجسد و الوقبه ایضا نقره فی الصخره یجتمع فیها الماء فادخال بعض الحشفه یصدق معه الایقاب کما عن الروضه و الریاض لصدق الایقاب علیه مع تامل فی انصرافه الیه الا ان الاتفاق فی الظاهر واقع علیه انتها.

و فی الجواهر ان المراد بالایقاب ادخال بعض الحشفه لانه لغته ادخال القضیب فیصدق بمسماه بخلاف الغسل المعلق نصاً و فتوی علی غیبوبه الحشفه التی هی التقاء الختانین انتهی.

و یرد علیه انه لو کان الایقاب هو ادخال القضیب کما ادعاه فلابد من تحقق الموضوع ادخال القضیب بجمیعه اذ ادخال نصفه نصف القضیب لاتمام القضیب فالمراد من الایقاب هو الادخال و لو بالبعض فی الثقبه کما دل علیه روایه حماد بن عثمان و ابراهیم بن عمر بقوله ﴿علیه السلام﴾ (اذا ثقب فلا) فالادخال و لو ببعض الحشفه یتحقق منه الثقبه.

الثانى هل يشمل الحكم بما بعد التزويج سواء دخل ام لافاختار (عدم التحريم) مع سبق العقد كما عن الشرايع فيما تقدم و عن الانتصار و المحكى عن النهايه ان الكلام فى العقد و التزويج بعد الوطى و الاوزاعى و احمد ايضا قائلين لحرمه التزويج فى صوره الدخول و عن الشهيد ايضا عدم الحرمه مع سبق العقد و كانه مختار الشارح ايضا بقوله الاصل و لقولهم ﴿عليهم‌السلام﴾ ان الحرام لا يحرم الحلال الى غير ذلك.

لكن عن ابن سعيد التصريح بانفساخ نكاح المراه بالايقاب و هو ظاهر فى عموم التحريم و عن الاسكافى ايضا التصريح بالتحريم بعد العقد و قبل الوطى مويدا ذلك كله بالطلاق ما عن المقنعه و المحقق فى المختصر النافع و تعبير الشيخ فى الخلاف و ان كان يفيد العموم الا ان المراد منه هو ما فى الانتصار من حرمه التزويج قبال العامه القائلين بجوازه و اطلاق كلام عده من الاصحاب يفيد العموم و يدل عليه مضافا الى اطلاق الاخبار المتقدمه صحيحه ابن ابى عمير عن بعض اصحابنا عن ابى عبدالله ﴿عليه‌السلام﴾ فى الرجل ياتى اخا امراته فقال اذا اوقبه فقد حرمت عليه المراه و تقييدها بصوره وقوع الوطى قبل العقد و ان كان ممكنا الا انه تقييد بغير دليل و لا شاهد اذا الاخبار الداله على ان الحرام لا يحرم الحلال يراد منها الحرمه الذاتيه فعلى اى حال لابد من التقييد و لو كان الوطى قبل العقد كما اعترف به المرتضى فى ما تقدم من ناصرياته فهذا الخبر و الاطلاقات المتقدمه

و ان کانت تشمل حتی بعد الدخول ایضا الا ان الظاهر عدم القائل به حتی الاسکافی و اطلاق ما عن ابن سعید یحمل علی صوره الانفساخ قبل الدخول اللّهم الا ان یراد من اطلاق الاخبار المتقدمه حرمه التزویج فقط مؤیدا ذلک ما عن فقه الرضا ﴿علیه السلام﴾ و من لاط بغلام الی ان قال و لا تحل له اخته فی التزویج ابدا و ابنته و قال فی موضع اخر و من ولج بالصبی لم تحل له اخته ابداً فیراد منه ایضا التزویج لکنه مع ذلک کله مشکل فالاحتیاط لا یترک.

و علی عدم التحریم قیل الظاهر عدم الفرق بین مفارقته من سبق عقدها علی الوطی و عدمه لاستصحاب الحلیه الذاتیه التی کانت قبل الطلاق فما عن بعض الافاصل من المیل الی الحرمه بعد الطلاق لصدق ان التزویج واقع بعد الوطی فی غیر محله.

الثالث الظاهر عدم الفرق بین ان یکون الوطی عن علم و اختیار او مع الاشتباه او الاکراه کما اذا تخیله امراته او کان مکرها لاطلاق الاخبار المتقدمه و صدق عنوان الایقاب و الاتیان الماخوذین فی الروایات المتقدمه بل و اطلاق معاقد الاجماعات و کلمات الاصحاب مضافا الی کون الحرمته فی المقام وضعیا لا مدخلیه للعلم و الجهل فیه.

نعم لو کان المباشر للفعل هو المفعول بحیث لم یصدق الانتساب الی الفاعل مطلقا فالظاهر عدم صدق الایقاب و لا الاتیان بوجه و ان کان الاحتیاط لا یخلو من وجه.

الرابع هل الحکم یشمل لمطلق الواطی و ان کان صغیراً او الموطوء و ان کان شیخا کبیراً و کهلاً فاظاهر من الانتصار و الخلاف و الشرایع و القواعد بل صرح به المحقق الثانی التحریم لعدم الفرق فی حکم المصاهره بین الصغیر و الکبیر و البالغ و غیره و صدق عنوان الحکمه علیه بعد البلوغ فیقال انه رجل اوقب و ان کان ایقا به سابقا و التحریم فی النص خارج مخرج الغالب -و مجال الخدشه فی بعض ما ذکروا و ان کان واسعا الا انهم فهموا من الروایات ان اللواط یترتب علیه الحرمه من دون خصوصیه للفاعل و مجرد القرینه الخارجیه بکون اللواط غالبا علی من تجاوز عن العشره او فی هذه الاوان ان یمنع عن الاخر بالاطلاق مضافا الی ما فی القران من اطلاق الغلم علی ما یرادف کلمه (پسر) فی اللغه الفارسیه کما فی قضیه ابراهیم و قضیه ذکریا کما فی سوره آل عمران قال انی یکون لی غلام و قد بلغنی الکبروا مراتی عاقر و قوله تعالی یا ذکریا انا نبشرک بغلام اسمه یحیی فی سوره مریم و قال رب انا یکون لی غلام و کانت امراتی عاقراً و قد بلغت من الکبر عتیا و کما فی سوره مریم ایضا و فیها انما انا رسول ربک لاهب لک غلاما ذکیا قالت انا یکون لی غلام و لم یمسسنی بشر و لم اک بغیاً و قوله تعالی لا توجل انا نبشرک بغلام علیم و قوله تعالی فبشرناه بغلام حلیم و فی سوره الذاریات فاوجس منهم خیفه قالو لا تخف فبشروه بغلام علیم الی غیر ذلک من موارد استعمالاته فی لسان

الروايات فی ابواب تقبيل الغلام بشهوه و عن الفقه الرضا من ولج بالصبی فما يترای من بعض اللغويين فی تفسيره به (الطارد الشارب) كما فی المنجد و غيره انما يراد به احد معانيه المعرفه ففی اقرب الموارد بعد ذكر المعنى الاول قال و الكهل ايضا ضدا و من حين يولد الى ان يشب و العبد و الاجير انتهى و كلمات الاصحاب المتقدمه المعبره به (من) الشامل للصغير و الكبير الا ان رفع اليد عن العنوان الماخوذ فی الاخبار فی غايه الشكال.

الخامس عدم الفرق فيما ذكر بين كون الغلام حيا او ميتاً على اشكال كما فی القواعد و غيره الا ان الاطلاقات محكمه نعم الظاهر عدم الفرق بين العناوين المحرمه النسبيه و الرضاعيه لعوم ما يحرم من النسب يحرم من الرضاع ايضا.

(السادس) فی القواعد لوا وقب خنثى مشكل او اوقب فالظاهر عدم التحريم قيل لعله الاصل مع الشك فی تحقق السبب اذا كان فاعلاً للشك فی كون العضو ذكراً و اما اذا كان موطوئا و كان الوطى فی دبر الخنثى حرمت امها و بنتها على الواطى لانه اما لواط فی الواقع باعتبار كونه مذكراً او زناء باعتبار كونه مونثا فی الواقع (لا قسماً ثالثا كما لا يبعد تصوره كما اذا كان له الحالتين الرجاليته و النسائيه واقعا) فعلى فرض كونه لواطا حرمت عليه امها و بنتها واما ان يكون زنا حرمت عليه الام و البنت، اذا كان سابقا على العقد.

(السابع) و لا يحرم على المفعول بسبب الايقاب شى عندنا كما

عن الرياض و غيره للاصل و العموم و ظهور عدم شمول النصوص له و ربما نقل عن بعض الاصحاب تعلق التحريم به كالفاعل و هذا القول نقله السيد الفاخر و لم يعين قائله لكن الشهيد قال و هو الظاهر من كلام الراوندى فى شرح النهايه محتجا عليه بروايه حسنه ابن ابى عمير و روايه ابراهيم بن عمر و و موسى بن سعدان لاحتمال عودا الضمير بكل من الفاعل و المفعول لكنه مضافا الى انه استعمال اللفظ فى اكثر من معنى واحد و انه لا يجوز عرفا (و ان كان جايزا عقلا) ان الضمير فى اوقب او ثقب انما يرجع الى الفاعل فلذا ادعى الاجماع على العدم فى ناحيه المفعول فى صريح التذكره و الروضه على ما فى الرياض مع كون التجنب احوط و ان لم يكن متعيناً.

(الثامن) لا يحرم من جهه هذا العمل الشنيع غير العنا وين الثلثه المذكوره فلا باس بنكاح ولدا لواطى ابنه الموطوء او اخته او امه بلا خلاف اجده فيه كما فى الجواهر و ان كان الاولى الترک فى ابنته لروايه موسى بن سعدان عن بعض رجاله قال كنت عند ابى عبد الله فقال له رجل ما ترى فى شابين كانا مصطجعين ـ فولد لهذا غلام و للاخر جاريه (و فى الوافى مضطجعين و فى الوسائل مصطحبين و الامر سهل) ايتزوج ابن هذا ابنه هذا قال فقال نعم سبحان الله لم لا يحل فقال انه كان صديقا له قال فقال و ان كان فلا بأس (يب) انه كان يكون بينهما ما يكون بين الشباب قال لا بأس (ش) فقال انه كان

یفعل به قال فاعرض بوجهه ثم اجاب و هو متستر بذراعه فقال ان کان الذی کان منه دون الایقاب فلا بأس ان یتزوج و ان کان قد اوقب فلا یحل له ان یتزوج، باعتبار حملها علی الکراهه لعدم صحه السند و عدم قائل به علی ما اعترف به فی الجواهر فیحمل علی الکراهه.

(فی بیان احکام عقد المحرم)

اذا عقد المحرم علی امراه عالما بالتحریم حرمت علیه ابداً و لو کان جاهلاً فسد عقده و لم تحریم،

و الظاهر من معقد اجماع الاصحاب الحکم بالحرمه الابدیه و ان لم یدخل کما صرح به فی الوسیله حیث قال و السبب فی التحریم ضربان اما یحرم نکاحه ابداً او فی حال دون حال فالاول اربعون صنفاً الرضیع و المعقود علیها فی العده او فی حال الاحرام من الرجل و هو عالم بتحریمه دخل بها او لم بدخل انتها.

و فی الانتصار و مما انفردت به الامامیه القول بان من تزوج امراه و هو محرم عالما بان ذلک محرم علیه بطل نکاحه و لم تحل له المراه ابدا و هذا مما لم یوافق فیه احد من الفقهاء و لان الشافعی و مالک و ان ابطلا نکاح المحرم (و جوز ذلک ابو حنیفه) فانهما لا یقولان انه اذا

فعل ذلک علی بعض الوجوه حرمت علیه المراه ابدا دلیلنا الاجماع المتردد انتهی.

و فی نکاح المراسم و ان لا یکون العقد علیها فی احرام فانه لا یصح و تحرم علیه ابداً لکن فی حج المراسم قال و ثالثهای لادم فیه فعلی خمسه اضرب الی ان قال و ثالثه ما فیه الفراق الموبد و هو المحرم اذا عقد علیا مراه و هو عالم بتحریم ذلک فرق بینهما و لم تحل له ابداً و ان کان غیر عالم بذلک فرق بینهما لبطلان العقد و له ان یستانف اذا احل انتهی.

و فی الغنیه حکم ببطلان العقد من غیر تفصیل فراجع.

و فی الخلاف اذا تزوجها فی حال احرامها جاهلاً فدخل بها فرق بینهما و لم تحل له ابداً و انکان عالما و لم یدخل بها فرق بینهما ایضا و لم تحل له ابداً و خالف جمیع الفقهاء فیهما دلیلنا اجماع افرقه و اخبارهم و طریقه الاحتیاط و فی حج الخلاف اذا عقد المحرم علی نفسه عالما بتحریم ذلک او دخل بها و ان لم یکن عالما فرق بینهما و لا تحل له ابدا و لم یوافقنا علیه احد من الفقهاء دلیلنا اجماع الفرقه و طریقه الاحتیاط و اخبارهم قد ذکرناها فی الکتاب الکبیر.

لکنه خالف فی المبسوط و النهایه حیث قال فی المبسوط اذا تزوج امراه و هو محرم فرق بینهما و لا تحل له ابدا اذا کان عالماً بتحریم ذلک فان لم یکن عالماً جازله العقد علیها بعد الاحلال انتها.

قال فی النهایه و من تزوج امراه و هو محرم فرق بینهما و لم تحل

له ابدا اذا كان عالماً بتحريم ذلك عليه فان لم يكن عالماً به جازله ان يعقد عليها بعد الاحلال انتهى و تبعه على ذلك ابن البراج و ابن ادريس قدهما.

و عن ابن الجنيد ليس للمحرم ان يتزوج و لا يزوج محلا و لا يشهد نكاح محلين و لا يخطب و الظاهر منه حرمه الشهاده و الخطبه الا ان الشيخ و ابن حمزه قائلين بالكراهه فى الخطبه.

و عن المفيد من عقد على امراه وهو محرم مع العلم بالنهى عن ذلك فرق بينهما و لم تحل له ابداً و لم يتعرض للجهل و لا الدخول.

قال الصدوق فى المقنع فى باب الحج و ليس للمحرم ان يتزوج و لا يزوج محلا فان زوج او تزوج فتزويجه باطل الى ان قال فاذا تزوج المحرم امراه فرق بينهما و لها المهران كان دخل بها، و لم يفصل بين العلم و الجهل و الدخول وعدمه بل الظاهر من اطلاق كلمه الحكم بالتفريق بمجرد التزويج و فى نكاح المقنع و لا يجوز للمحرم ان يتزوج و لا يزوج و اذا تزوج فى احرامه فرق بينهما و لا تحل له ابداً.

و عن العلامه فى التحرير المحرم اذا عقد على امراه فان كان عالما بالتحريم حرمت عليه ابداً سواء دخل بها او لم يدخل و ان لم يكن عالما بالتحريم فسد عقده و لا تحرم موبدا بل يجوز له العقد عليها بعد الاحلال و ان كان عالماً بالاحرام و لم يفرق علمائنا بين الدخول و عدمه بل اطلقوا القول بجواز المراجعه مع الجهاله الا ابن ادريس فانه قال انها تحرم ابدا مع الدخول و ان كان جاهلاً و لا نعرف

مستنده انتهی.

وعده ابن حمزه فی المحرمات علی التبعید المعقود علیها فی حال الاحرام من الرجل و هو عالم بالتحریم دخل بها او لم یدخل، و لو عقد جاهلاً بالتحریم و لم یدخل بها فاذا علم بذلک فرق بینهما فاذا خرج من الاحرام جاهلا علیها عقد علیها ان شاء.

و عن العلامه فی المختلف بعد سرد بعض الاقوال و الذی بلغنا فی هذا الباب ما رواه زراره عن الصادق ﴿علیه السلام﴾ و المحرم اذا تزوج و هو یعلم انه حرام علیه لا تحل له ابداً و مقتضی هذه الروایه التحریم مع العلم سواء دخل بها اولا و عدمه مع الجهل سواء دخل بها اولا عملاً بالمفهوم انتهی.

فالمستفاد من کلماتهم رضوان الله تعالی علیهم اجمعین هو الحرمه الابدیه فی صوره العلم الا ما عن الخلاف فهو خالف نفسه فی النهایه و الا اطلاق عباره الصدوق فی المقنع فانه ایضا مضمون بعض الروایات التی تتقید بصوره العلم بقرینه الاخری:

۱ ـ فمن الروایات المطلقه صحیح بن سنان عن ابی عبدالله قال لیس للمحرم ان یتزوج و لا یزوج و ان تزوج او زوج محلا فترویجه باطل و فی ذیل ما رواه الصدوق زاده و ان رجلاً من الانصار تزوج و هو محرم فابطل رسول الله نکاحه،

۲ ـ و صحیح ابراهیم بن نعیم الکنانی قال سالت ابا عبد الله عن محرم یتزوج قال نکاحه باطل.

۳ ـ و صحيح معاويه بن عمار قال المحرم لا يتزوج و لا يزوج فان فعل فنكاحه باطل.

۴ ـ و مرسله الحسن بن على عن ابيعبد الله قال المحرم لا ينكح و لا ينكح و لا يشهد فان نكاحه باطل.

۵ ـ و مرسله الصدوق قال ﴿عليه السلام﴾ من تزويج امراه فى احرام فرق بينهما و لم تحل له ابداً.

۶ ـ و ما رواه الصدوق فى الفقيه عن الحسن بن محبوب عن يونس بن يعقوب قال سالت ابا عبدالله عن المحرم يتزوج قال لاو لايزوج المحرم المحل و فى خبر آخر ان زوج او تزوج فنكاحه باطل.

۱ ـ و فى قبال هذه المطلقات ما رواه فى الكافى العده عن سهل و محمد عن احمد جميعا عن البزنطى عن المثنى عن زراره و داود بن سرحان عن ابى عبدالله ﴿عليه السلام﴾ و ابن بكير عن ديم بياع الهروى عن ابى عبدالله ﴿عليه السلام﴾ انه قال الملاعته اذا لاعنها زوجها لم تحل له ابدا و الذى يتزوج المراه فى عدتها و هو يعلم لا تحل له ابدا و الذى يطلق الطلاق الذى لا تحل له. حتى تنكح زوجا غيره ثلث مرات و تزوج ثلث مرات لا تحل له ابدا و المحرم اذا تزوج و هو يعلم انه حرام عليه لا تحل له ابداً رواه فى الوافى ـ ص ۴۶ ـ نكاح.

۲ ـ و نحوها الروايه المرويه عن كتاب الحسين بن سيعد و يمكن ان يستدل ايضا.

۳ ـ بصحيح محمد بن قيس عن ابى جعفر قال قضى اميرالمؤمنين

﴿علیه السلام﴾ فی رجل ملک بضع امراه و هو محرم قبل ان یحل فقضی ان یخلی سبیلها و لم یجعل نکاحه شیئا حتی یحل فاذا احلها خطبها ان شاء و ان شاء اهلها زوجوه و ان شائوا لم یزوجوه و یرفع الید عن اطلاقه بقرنیه الروایات المتقدمه لئلا یکون مخالفا لجمیع الروایات و الا جماعات لان اطلاقه یوافق العامه القائلین بعدم الحرمه الابدیه حتی مع العلم.

و اظاهر من المقیدات عدم الحرمه حتی مع الدخول و الاصل ایضا یقتضی ذلک و المخالف هو الشیخ فی الخلاف کما تقدم (بقوله او دخل بها و ان لم یکن عالماً) و قیل بل الکافی و الغنیه و ابن ادریس و بن حمزه وصاحب الایضاح فحر موها مع الدخول فی صوره الجهل و مستنده غیر واضح سوی الالحاق بذات العده و هو قیاس لا نقول به و دعوی اجماع الفرقه و طریقه الاحتیاط و الاخبار غیر صالحه الاستناد لان الاجماع متقید بصوره العلم کما هو اطلاق عباره النهایه و الانتصار و قبله المفید و طریقه الاحتیاط لا یقاوم الدلیل و اصل البرائه، و الاخبار قد عرفت لابد من تقییدها بصوره العلم لیس الاوا لا یلزم طرح صحیحتی زراره و داود بن سرحان مع ان اطلاق صحیح محمد بن قیس ایضا یشمل صوره الدخول و قد صرح العلامه فی ما نقلنا عنه من تحریره و مختلفه، بل الاجماع المحکی عن المنتهی و التذکره و عباره الشرایع و غیره ایضا یوجب الاطمینان بالتقیید.

ثم انه لا فرق فيما ذكر بين كون الاحرام لحج واجب او مندوب او لعمره واجبه او مندوبه و لا فى النكاح بين كونه دائما او متعته و مع الجهل ايضا يبطل النكاح كما فى روايه محمد بن قيس المتقدمته و اما مع الغفله عن الحرمته كما لو كان عالماً بالحكم لكن كان غافلاً عن كونه محرما او ناسيا فلا اشكال فى بطلان العقد لروايه محمد بن قيس و غيره لكنه فى كونها محرما ابدا اشكال و يمكن ان يقال ان المراد من العلم فى صحيح زراره و دادود هو التوجه فيخرج عنه صوره الغفله و النسيان، و التمسك بحديث الرفع يوجب عدم حرمه العقد لرفع النسيان موضوعا و حكما لكن الالتزام به فى خصوص رفع الحكم مما لا ضير فيه لكن يحكم بالبطلان من جهته النص.

و لو تزوج فى حال الاحرام لكن كان باطلا من غير جهته الاحرام كتزويج اخت الزوجه او الخامسه فهل يوجب التحريم قيل الظاهر ذلك لصدق التزويج و النكاح و ربما يستانس له بروايه حكم بن عتيبه التى رواه الصفار عن محمد بن السندى الذى لم يوثق عن معويه بن ميسره بن شريح القاى الذى لم يرد فيه توثيق عن الحكم بن عتيبه (الذى ورد فى ذمه روايات فى رجال الكشى و هو من فقهاء العامه و استاذ زراره و حمران و الطيار قبل ان يروا هذا الامر و قد توفى سنته ماه و اربعه عشر او خمسه عشر) قال سالت ابا جعفر عن محرم تزوج امراه فى عدتها قال يفرق بينهما و لا تحل له ابدا، و من المعلوم ان التزويج مع قطع النظر عن الاحرام كان باطلاً من

جهته العده و فیه انه مع الاغماض عن السند انها مختصته بموردها و هو تزویج المحرم ذات العده و التجاوز عنه الی غیره قیاس لا نقول به.

و عن العلامه فی التحریر فی ذیل مسئله عقد المحرم و اظاهر ان مراد علمائنا بالعقد المحرم و العقد فی ذات العده انما هو العقد الصحیح الذی لو لا المانع ترتب علیه اثره و اما العقد الفاسد فان کان العاقد یعلم فساده فلا اعتبار به و ان لم یعلم فساده کمن اعتبد تسویغ نکاح الشغار لشبهه ففی الاعتداد به اشکال اقربه انه کالصحیح انتهی.

و العمده فی المقام هو کان المسئله خلاف القاعده فالمسلم من الحرمه هو العقدالصحیح لو لا المانع و اما لو کان البطلان لفقد بعض الارکان بحیث لا یصدق علیه التزویج الصحیح لولا الاحرام فلا یوجب الرحمه.

(فی الوکاله حال الاحرام)

ثم انه لا فرق فیما ذکر بین وقوع العقد مباشره او بالوکاله و الولایه مع اجراء الوکیل او الولی العقد حال الاحرام سواء کان الوکیل محرما او محلاً و کانت الوکاله قبل الاحرام او حاله اما لو کان الولی و الوکیل محرما فللنهی عن التزویج فی الاخبار المتقدمه و اما لو کانا فی الحل فلان عقد الوکیل عقد الموکل و استناد العقد الیه قال فی الخلاف (مسئله ۱۱۱ الحجج) اذا کان الولی او وکیله او الزوج او وکیله فی القبول او المراه محرمین او واحد منهم محرما فالنکاح باطل و به قال فی الصحابه علی علیه الصلوة و السلام و عمر و ابن عمر و زید بن ثابت و لا مخالف لهم فی الصحابه و الیه ذهب فی التابعین سعید بن المسیب و سلیمان بن یسار و الزهری و فی الفقهاء مالک و الشافعی و الاوزاعی و احمد و اسحق و قالت

طائفه انه لا تاثیر للاحرام فی عقد النکاح بوجه ذهب الیه الثوری و ابو حنیفه و اصحابه و یروونه عن الحکم دلیلنا اجماع الفرقه و اخبارهم فانهم لا یختلفون فی ذلک و ایضا طریقه الاحتیاط تقتضیه لانه اذا عقد فی حال الاحلال کان العقد صحیحاً بلا خلاف و اذا عقد فی حال الاحرام فقیه الخلاف و ایضا فاستباحه الفرج لا تجوز الابحکم شرعی بلا خلاف و لا دلیل فی الشرع علی استباحته بالعقد حال الاحرام و روی ابان بن عثمان عن عمران (نسخه بدل عن عباده بن عثمان عن عثمان) ان النبی ﴿صلی الله علیه وآله﴾ قال لا ینکح المحرم و لا ینکح و لا یخطب و هذا نص، (فلو کان المباشر للعقد محرماً و ان کان من له العقد محلا یحکم ببطلانه لصحه الاستناد و کذا لو کان باجازه عقد الفضولی الواقع فی حال الاحرام او قبله مع کونها حاله فانه بناء علی النقل واضح للاستناد حال الاحرام و کذا بناء علی الکشف الحکمی ایضا و اما بناء علی الکشف الحقیقی فان الاجازه یکشف عن صحته العقد سابقا مع انه یمکن ان یقال بصحه الاستناد حال الاحرام فلا یترک الاحتیاط فی الاخیره لان الکشف الحقیقی فی عالم الاعتبار لیس کالکشف الحقیقی فی عالم التکوین فان للاجازه علی ای حال تاثیراً فالمؤثر هو العقد المتعقب بالاجازه و اما لو و کل حال الاحرام محلا او محرما فعقد له حال احلالهما فالعقد صحیح بناء علی عدم اعتبار امکان الموکل فیه من الموکل او الوکیل حال الوکاله لان التوکیل لیس نکاحا بل هو امر اعتباری عقلائی یوجب استناد

فعله الى الموكل فى ظرف الوكاله فالموكل فيه غير عنوان الوكاله.

الا انه قال فى القواعد الاقرب جواز توكيل الجد المحرم محلا فى تزويج المولى عليه فان مقتضاه الصحه و ان اوقعه الوكيل محلا و الولى محرم قال فى الجواهر و لعل الوجه فى الصحه كون الوكيل و المولى عليه محلان و التوكيل ليس من التزويج بالنص و الاجماع و فيه انه لو اوقعه الوكيل فى حال الاحرام فلا يصح لانه لا يجوز له ايقاع العقد ولو كان الموكل محرما فعقدا لوكيل مستند الى الموكل فليس له ان يفعل ما لا يجوز للموكل فعله فى حال الاحرام و اما لو كان ظرف الوكاله حال الاحرام و وقع العقد بعد احلالهما فلا مانع منه ثم انه لا وجه لتخصيص المسئله بالجداذ لا فرق فيه بينه و بين غيره.

ثم انه لو كان الزوج محلا و كانت الزوجه محرمه فلا اشكال فى بطلان العقد على ما ذكره فى الخلاف و تبعه اخرون باحرام واحد منهما و قال ابن رشد فى نهايه المقتصد و بدايه المجتهد اختلفوفى نكاح المحرم فقال مالك و الشافعى و الليث و الاوزاعى و احمد لا ينكح المحرم و لا ينكح فان فعل فالنكاح باطل و هو قول عمر بن الخطاب و على و ابن عمر و زيد بن ثابت و قال ابو حنيفه لاباس بذلك و سبب اختلافهم تعارض النقل فى هذا الباب ثم نقل حديث ابن عباس ان رسول الله نكح ميمونه و هو محرم و قال عارضه احاديث كثيره عن ميمونه ان رسول الله تزوجها و هو حلال.

و یمکن ان یستدل علی البطلان مضافا الی ما ذکره الشیخ من الاجماع بموثقه او صحیحه سماعه بن مهران عن ابی عبداله ﴿علیه السلام﴾ قال لا ینبغی للرجل الحلال ان یزوج محرما وهو یعلم انه لا یحل له قلت فان فعل فدخل بها المحرم فقال ان کانا عالمین فان علی کل و احد منهما بدنه و علی المراه ان کانت محرمه بدنه و ان لم تکن محرمه فلا شیی علیها الا ان تکون هی قد علم ان الذی تزوجها محرم فان کانت علمت ثم تزوجت (تزوجته ن ب) فعلیها بدنه، بناء علی حمل لا ینبغی فی المقام علی الحرمه و القاء الخصوصیه من المحرم لقاعده الاشتراک او اراده الشخص من المحرم سواء کان رجلا او امراه و ارجاع الضمیر فی قوله انه لا یحل له الی المحرم من غیر فرق بینه و بین المحرمه و بناء علی ان الکفاره انما هو علی المحل الرجل بالقاء الخصوصیه بینه و بین المراه التی حکم فیها بالکفاره فی صوره العلم و ان العلم لا دخل له بل المناط هو ایجاد العقد علی المحرم او المحرمه سواء کان العاقد هو المحل او وکیله المستند الیه فعله او الفضولی الذی اجازه بعد العقد حتی بناء علی النقل ایضا بعد خروجها من الاحرام الا ان الالتزام بواحد منها فضلا عن الکل فی غایه الاشکال، و اشکل منه الالتزام بالحرمه الابدیه للشک فی تناول قاعده الاشتراک و کون الحکم للشخص المحرم غیر معلوم بل یمکن ان یکون الحکم من احکام احرام الرجل دون المراه وقول ابن رشد بالنسبه الی البطلان انما هو فی الرجل المحرم دون المحل فاستفاده

حكم الرجل المحل الموقع للعقد على المراه المحرمه و بطلانه بل و الحرمه الابديه كما استفاده شيخ الطائفه من الروايات فى غايه الصعوبه.

و عن صاحب الرياض و لو انعكس فرض المسئله فتزوج المحل المحرمه فالاصل الاباحه و لا معارض لها من الادله وهو المشهور بين الطائفه و ربما يحكى القول بالحرمه عن ف مدعيا فيه الوفاق مستدلا به و بالاحتياط و الاخبار و لم نقف عليها و دعوى الوفاق غير واضحه و الاحتياط ليس بحجه انتهى.

و عن العلامه فى المنتهى و لا يجوز للمحرم ان يتزوج و لا يزوج و لا يكون ولياً فى النكاح و لا وكيلا فيه سواء كان رجلاً او امراه ذهب اليه علمائنا اجمع الى اخر ما ذكره الشيخ فى الخلاف انتهى و لا يخفى ان الاجماع المصطلح فى الباب غير ممكن فان اجماعه ايضا متخذ منا اجماع الخلاف و مستند الشيخ فيه انما هو الاخبار و ادعاء الاجماع فى قبال العامه لانه شيى مستقل بحيا له فى قبال الاخبار اذهو قدس سره قال فى مسئله ٨ من حج الخلاف ما لفظه اذا كان لولده مال روى اصحابنا انه يحب عليه الحج و ياخذ منه قدر كفايته و يحج به و ليس للابن الامتناع منه و خالف جميع الفقهاء فى ذلك دليلنا الاخبار المرويه فى هذا لمعنى من جهت الخاصته قد ذكرناها فى الكتاب الكبير و ليس فيها، ما يخالفها فدل على اجماعهم على ذلك انتهى قوله (فدل) يوهن التمسک بالاجماعات التى ادعاه من الخاصه

فى هذا الكتاب فان الظاهر منه ان المستند فيه انما هو نقل الاخبار و عدم وجود خبر يخاف الاخبار الوارده فيكشف منه الاجناع و العلوم ان الوجود الخبر و عدم وجود الخبر المخالف له لا يدل على الاجماع المصطلح فانه اجماع فى قبال العامه فقط فالمستند فى هذه المسئله انما هو الاخبار فلو قلنا بدلاله خبر سماعه على عدم جواز العقد على المحرم او المحرمه و الا فلا يمكن استفاده حكم عقد المحل خارج الاحرام للمرائه لانه يمكن ان يكون المراد انه لا يجوز للرجل الحلال ان يزوج محرما باعتبار ان عدم الجواز انما هو فى احرام الرجل دون المراه الى غير ذلك مما تقدم.

و مما ذكرناه يعلم انه لو زوجه فضولى فى حال احرامه لم يجز له اجازته فى حال احرامه لاستناد العقد اليه فى حال الاحرام واما اجازته بعد العقد فيمكن ان يقال بالمنع و لو على النقل ايضا لصحه الاستناد و ان كان للخدشته فيه مجال، هذا كله اذا كان الفضولى محلا و الا فعقده باطل، ثم انه اذا تزوج حال الاحرام عالما بالحكم و الموضوع ثم انكشف فساد احرامه صح العقد و لم يوجب الحرمه وكذا لو انكشف فساد الحج و الاحرام معاً و اما اذا فسد حجه دون احرامه لعدم فساده ـ بفساد الحج على الظاهر المستفاد من الادله فيحكم ببطلان العقد و الحرمه الابديه اذا كان واقعا حال الاحرام و اما بناء على القول بفساد الاحرام بفساد الحج فالظاهر فيه وجهان من الصحه باعتبار الفساد و من معاملته معامله الصحيح فى جميع

الاحكام و لتحقيق الحق مقام آخر.

ثم انه يجوز للمحرم الرجوع فى الطلاق فى العده الرجعيه و كذا تملك الاماء لقوله تعالى و بعولتهن احق بردهن من غير فرق بين المطلقه متبرعاً او التى رجعت فى بذلها فان الرجوع ليس عقداً فى الاحرام فيبقى على اصاله الاباحته قال فى الخلاف مسئله ١١٧ الحج للمحرم ان يراجع زوجته سواء طلقها حلالا ثم احرم او طلقها و هو محرم و به قال الشافعى و قال احمد لا يجوز ذلک دليلنا قوله تعالى و بعولتهن احق بردهن فى ذلک و لم يفصل و قال فامساک بمعروف او تسريح باحسان و الامساک هو المراجعه و لم يفصل فوجب حمله على عمومه و فى التحرير يجوز له مراجعه امراته و هو محرم وشراء الاماء لكن لا يقر بهن سواء قصد به التبرى او لم بقصد و فى الشرايع و يجوز مراجعه المطلقه الرجعيه و شراء الاماء.

و فى حج المنتهى و لا بأس ان يراجع امراته وهو محرم قاله علمائنا و به قال الشافعى و مالک و احمد فى احدى الروايتين و قال فى الاخرى بعدم الجواز انتهى و فى خصوص شراء الجوارى صحيحه سعد بن سعد الاشعرى القمى عن ابى الحسن الرضا «عليه السلام» قال سالته عن المحرم يشترى الجوارى و يبيعها قال نعم.

(فی صوره الشک فی انه وقع العقد حال الاحرام ام لا)

ثم انه لو شک فی ان تزویجه هل کان فی حال الاحرام او قبله بنی علی عدم کونه فیه لان استصحاب عدم العقد الی زمان الاحرام لا یوجب وقوع العقد فی حال الاحرام الا علی القول بالاصل المثبت فاصاله الصحه و الحل بل و قاعده الفراغ بعد العقد محکمه.

و لو شک فی ان العقد هل کان فی حال الاحرام او بعده فتاره یعلم تاریخ الاحرام من ابتدائه الی انتهائه و لا یعلم تاریخ العقد و اخری بالعکس فعلی الاول یحکم باصاله تاخر الحادث و هو العقد عن الاحرام فیحکم بالصحه کما تقدم و علی الثانی یستصحب الاحرام الی زمان وقوع العقد کما اذا شک فی ان الاحرام هل وقع یوم الجمعه او یوم السبت او دام الاحرام الی یوم الجمعه او یوم السبت فانه یستصحب بقاء الاحرام الی یوم السبت و الفرض وقوع العقد یوم

السبت فيحكم بوقوع التزويج فى الاحرام قضاء لحق الاستحصاب فهو منقح لموضوع الادله الاجتهاديه الا انهم يحكمون اصاله الصحه فى المقام على جريان الاستصحاب فالتفصيل فى محله لكن يرد عليه ان الاستصحاب فى المقام من المثبت اذ استصحاب الاحرام الى يوم السبت يوجب حكم العقل بان العقد واقع حال الاحرام و هو من حكم العقل بخلاف استصحاب الكريه فان طهارت الملاقى من احكام نفس الكر بخلاف وقوع العقد فى السبت فانه ليس من احكام وقوعه فى الاحرام بل الحاكم به هوا لعقل كما هو ظاهر كما ان قاعده الفراغ بناء على عموميتها تجرى فى المقام ايضا فاستشكال صاحب العروه قده انه بناء على عدم جريان اصاله الصحه او قاعده الفراغ فى الشق الاخير و اما الصوره الاولى فهى تجرى فيها بلا ارتياب الا اذا كان عالما بالغفله حين العقد فانه لا يجرى فيه قاعده الفراغ لانصرافه عن صوره العلم بالغفله و التفصيل موكول الى محله.

اذا اختلف الزوجان فى العقد فادعى احدهما وقوعه فى الاحرام و انكر الاخر فالقول قول من يدعى الاحلال كما فى الشرايع و فى الخلاف (مسئله ۱۱۳ الحج) ان اختلفا فقالت وقع العقد بعد احرامك و قال هو قبله فالقول قول الزوج بلا خلاف بيننا و بين الشافعى و ان كان بالضد من ذلك فادعت انه كان حلالا و قال كنت حراما حكم عليه بتحريم الوطى و لزمه نصف المهر و هذا ايضا ينبغى ان يكون

مذهبنا و یسقط الخلاف فیها و الحکم فی الامه و الحره سواء اذا اختلفا او اختلف السید و الزوج النتهی.

و فی حج التحریر اذا اتفق الزوجان علی وقوع العقد فی حال الاحرام بطل العقد و لا مهر قبل الدخول و یثبت بعده مع جهل المراه بالتحریم و لو ادعی احدهما وقوعه حال الاحرام و انکر الاخر حکم لذی البینه ولو فقدت و کان المنکر الرجل فالقول قوله مع یمینه و صح العقد و لو کان المراه فالقول قولها مع الیمین و یحکم بفساد العقد فی حق الزوج و یثبت علیه احکام النکاح الصحیح فان کان دخل بها و جب المهر کلا و ان لم یکن دخل قال الشیخ یجب علیه نصف المهر و لو اشکل الامر فلم یعلم العقد هل وقع فی الاحلال و الاحرام صح العقد قال الشیخ و الاحوط تجدیده انتهی.

و الظاهر ان مراد العلامه بقوله لو اشکل الخ انما هو فی غیر صوره الدعوی کما ان صریح الشیخ ذلک حیث ذکر صوره عدم العلم بکیفیه العقد فی مسئله ۱۱۲ من الحج فراجع.

و فی حج المنتهی و لو اختلفا فادعی احدهما بینه حکم بها و ان لم یکن بینه و ادعت الزوجه وقوعه حاله الاحرام و انکر الرجل فالقول قوله عملا بالاصل المقتضی لصحه العقد و حکما بالظاهر من صحه النکاح فاذا حلف ثبت النکاح و لو ادعی الرجل وقوعه فی الاحرام و انکرت المراه ـ فالقول قولها مع یمینها لما مضی الا انا نحکم بانفساخ العقد فی احق الزوج لانه ادعی فساده ویثبت علیه احکام

النكاح الصحيح انتهى.

و فى الجواهر بعد عنوان المسئله كما فى الشرايع قال المحمول فعل المسلم عليها فى صوره النزاع وغيرها من احوال الشك فى العقد المفروض اتفاقهما على وقوعه كما فى غيرا لمقام من صور مدعى الصحه والفساد التى من الواضح كون مدعيها موافقها لاصلها على ان مدعى الفساد يدعى و صفا زايدا يقتضى الفساد و هو وقوع العقد حال الاحرام فالقول قول المنكر بيمينه لانه منكر للمفسد كما صرح بذلك الكركى فى حاشيته وثانى الشهيدين فى لك انتهى.

و عن المدارك فى شرح قول المحقق ان الحمل على الصحه انما يتم اذا كان المدعى لوقوع الفعل فى حال الاحرام عالما بفساد ذلك و اما على اعترافه بالجهل فلا وجه للحمل عل الصحه اقول و توضيح ذلك ان المراد من الصحه هل الصحه باعتقاد الفاعل او الصحته الواقعيه كما اذا شك الماموم فى ان الامام المعتقد بعدم وجوب السوره قراها ام لاجازله الايتمام به و ان لم يكن له ذلك اذا علم بتركها.

و اسند مختار المدارك الى المحقق القمى ايضا كما يظهر ذلك من بعض معاصرى الشيخ الاعظم حيث تمسك فى اصوله وفروعه بالغلبه بل قال انه يمكن اسناد هذا القول الى كل من الستند فى هذا الاصل الى ظاهر حال المسلم كالعلامه و جماعه ممن تاخر عنه

انتهی.

فالعمده فی المسئله هو الاجماع وقد تقدم عن الشیخ فی الخلاف ان القول قول الزوج اذا ادعی ان العقد وقع قبل الاحرام بلا خلاف بیننا و بین الشافعی الا انه فی صوره الضد قال و هذا ینبغی ان یکون مذهنا فلم یظهر منه الحکم لمدعی الصحه و هی المراه کما لا یخفی.

و اما اختلال النظام فی صوره عدم الحمل علی الصحه او کون النکته فیه لزوم العسر و الحرج من عدم الاخذ بها فانه لا یلزم اذا اخذ بها فی صوره التوافق دون الاختلاف.

و عن النراقی فی العوائد ایضا قال و قیل علی القول بتنزیل افعال المسلمین علی الصحه ینزل علی الصحه عند الفاعل لا مطلقاً و لا عند المنزل و التوضیح ان الصحه و الفساد فی کل شیی قد یختلف باختلاف الفاعل من جهت اختلاف حالات المکلف و من جهه اختلاف اراء المجتهدین الی ان قال و القدر الثابت هو تنزیل افعال کل مسلم علی ما هو الصحیح فی حقه لا الصحیح مطلقا انتهی.

و فیما اجاب به صاحب الجواهر عن المدارک ان اصل الصحه فی العقد و نحوه لا یعتبر فیه العلم لاطلاق دلیله نعم اصل عدم وقوع المعصیه من المسلم یعتبر فیه العلم وهو غیر اصاله الصحه التی هی مبنی ترتب الاثر الی غیر ذلک من اقوالهم الوارده فی الابواب المتفرقه التی لا یمکن القول بالاجماع علی حمل فعل المسلم او الغیر

على الصحه مطلقا بل تعبيراتهم فى وجه الحمل على الصحه مختلفه فتاره يعبر عنه بالاتفاق كما عن الشيخ فى الخلاف و اخرى يعبر عنه بترجيح الحمل على الصحه على الفساد و ثالثه يعبر عنه بان الزوج اعرف بحال نفسه كما فى حج المبسوط حيث قال فان اختلف الزوجان فقال الزوج عقدت حلالا و قالت المراه كنت محرما فالقول قول الرجل لانه اعرف بحال نفسه هى مدعيه فى كونه محرما فعليها البينه و لا يلزمه البينه لانها اقرت له بالعقد و ادعت عليها ما يفسده فاحتاجت الى بينه.

فان ادعت المراه انهاكانت محرمه وا نكر الرحل كان الحكم مثل ذلك لانها اقرت بالعقد و ادعت ما يفسده فاحتاجت الى بينه فان ادعى الرجل انه كان محرما و ادعت هى انه كان محلا فعلى الرجل البينه لانه اقر بالعقد و ادعى ما يفسده ليسقط عن نفسه فرض الزوجيه من المهر و غيره فعليه البينه غير انه يحكم عليه بتحريم وطيها لانه اقربان ذلك محرم عليه و اما المهر فانه يلزم نصفه ان كان قبل الدخول و ان كان بعده لزم كله، انتهى.

و انت ترى اختلاف التعبيرات فى كلماتهم و يرد على ما فى المبسوط و غيره ممن حذا حذوه انهم فرقوا بين حكم الرجل و المراه حيث حكموا بالزوجته وترتيب جميع آثاره فى صوره ادعاء الزوج الاحلال لكنهم قالوا بالتبعيض فى صوره ادعائه الاحرام و القواعد و ان كانت تقتضى ذلك الا انه يمكن ان يقال ان حكم الحاكم كما انه

مملک فی الدعاوی المالیه و یترتب علیه عدم جواز سرقه من له الحق واقعاً کذلک الزوجیه فان حکم الحاکم بالزوجیه هو ترتیب جمیع آثاره من دون تفکیک الا انه یحتاج الی جرئه قویه فی امثال المقام و عن کاشف اللثام بعد الحکم بترجیح جانب مدعی الصحه فی مفروض المسئله و ان کان المدعی یدعی احرام نفسه قال و کذا ان وجه الدعوی الی تاریخ الاحرام مع الاتفاق علی تاخیر العقد فادعی احد هما تقدیم الاحرام علیه لذلک او لاصل التاخیر و لوادعی احرام نفسه الا انهما یتفقان علی زمان و مکان یمکن فیهما الاحرام فیمکن ان یقال القول قوله لانه ابصر بافعال نفسه و احواله واما ان اتفقا علی تاریخ الاحرام و وجه الدعوی الی تاریخ العقد فادعی تاخره امکن ان یکون القول قوله للاصل بل لتعارض اصلی الصحه و التاخر الموجب للفساد و تساقطهما فیبقی اصل عدم الزوجته بلا معارض.

و فیه ان البصیره بافعال نفسه لا یوجب الاخذ بقوله و الحکم ببطلان العقد و تفویت حق الزوجه المنکره للفساد المستلزم حقامالیا و غیره علی الزوج مع امکان الاطلاع علی احواله باقرار و غیره مما یعلم کذبه و کذا الکلام فی صوره ادعاء الزوج تاخر العقد حتی یقع باطلا کما فی صوره الاتفاق علی تاریخ الاحرام و انه فی السبت ووجه الدعوی الی تاریخ العقد فانه هل هو واقع یوم الجمعه او السبت فادعی تاخره حتی یکون العقد باطلاً فانه یرد علیه کما ان

الاصل هو تاخر العقد الى حال الاحرام كذلك الاصل تاخر الاحرام و عدم تحققه فى زمان العقد فالتعارض انما هو بين اصلى التاخر فيتعارضان فيكون اصاله الصحه سليما عن المعارض فلا يصل النوبه الى اصاله عدم تحقق الزوجته اذا الفرض تحقق العقدالا ان الكلام فى ثبوت المانع والاصل عدم كونه فى حال الاحرام قضاء لاصاله الصحه على فرض تماميته التمسک بها حتى فى صوره الجهل ايضا كما فى صوره العلم.

السادس ـ لا تحل ذات البعل لغيره الابعد مفارقته و انقضاء العده اذا كانت ذات عده.

و قد تقدم حكمه مما ذكرناه سابقا فى تزويج ذات البعل و ذات العده فلا نعيد.

و لعل منه العقد على المراه المتمتع بها حين كونها فى حباله الغير ولوفى وقت انقضاء اجل الاول و عدته بل لعل منه تحليل الامه حال كونها محلله للغير و لو بعد انتهاء مده الاول و عدمه.

(فی استیفاء العدد)

السبب الرابع استیفاء العدد و هو قسمان الاول اذا استکمل الحر اربعا بالعقد الدائم حرم علیه ما زاد غبطه.

و المراد من الغبطه الدوام من قولهم اغبط علیه الحی ای دامت و اغبطت السماء اذا دام مطرها و اغبط السماء دام مطره یقال اغبط علینا المطر او من قولهم اغبط النبات ای تدانی و غطی الارض و کثف و تدانی کانه من حبه واحده و اغبط فلان الرحل علی ظهر الدابه ادامه علیها ولم یحطه عنها والحمی علی فلان دامت فهی (مغبطه) و فلان الرکوب لزمه ـ لازم و متعد و سماء غبطی کجمزی ای دائمه المطر.

قال فی الخلاف مسئله ۶۲ النکاح لا یجوز لاحدان یتزوج باکثر من اربع وبه قالت الامه باجمعها وحکوا عن القاسم بن ابراهیم انه اجاز

العقد على تسع و اليه ذهبت القاسميته منالزيديه هذه حكايه الفقهاء عنهم و لم اجدا حداً. من الزيديه يعترف بذلك بل انكروها اصلاف اذا المسئله اجماع و عليها اجماع الفرقه الى ان قال فقد روى ان غيلان اسلم وعنده عشره نسوه فقال ﴿عليه السلام﴾ امسک اربعاً و فارق سائرهن و اسلم نوفل بن معويه وتحته خمس فامره النبى ﴿عليه السلام﴾ ان يفارق واحده منهن.

و عن ابن رشدا تفق المسلمون على جواز نكاح اربعه من السناء معا و ذلک للاحرار من الرجال و اختلفوا فى موضعين فى العبيد وفيما فوق الاربع اما العبيد فقال مالک فى المشهور عنه يجوز له ان ينكح اربعا و به قال اهل الظاهر و قال ابو حنيفه و الشافعى لا يجوز له الجمع الابين اثنتين فقط الى ان قال و اما فوق الاربع فان الجمهور على انه لا تجوز الخامسته لقوله تعالى (فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى و ثلاث و رباع) و لما روى عنه عليه الصلوة و السلام انه قال لغيلان لما اسلم الخ و قالت فرقه يجوز تسع و يشبه ان يكون من اجاز الستع ذهب مذهب الجمع فى الايه المذكوره اعنى جمع الاعداد فى قوله تعالى مثنى و ثلاث و رباع انتهى.

نقول بعد اجماع الامه و عدم كون المسئله اجتهاديه بل هو من واضحات الفقه او الواضحات بين المسلمين كافه نذكر بعض النصوص تيمناً.

ففى صحيح زراره و محمد بن مسلم عن ابى عبدالله ﴿عليه السلام﴾ قال

اذا جمع الرجل اربعاً و طلق احديهن فلا يتزوج الخامسته حتى تنقضى عده المراه التى طلق و قال لا يجمع مائه فى خمس.

و فى عيون الاخبار باسناده عن الفضل بن شاذان عن الرضا فى كتابه الى المامون قال لا يجوزان يجمع بين اكثر من اربع حرائر و فى الخصال مثله و عن الحسن بن على بن شعبه فى تحف العقول مثله.

و عن العياشى فى تفسيره عن منصور بن حازم عن ابيعبد الله قال لا يحل لماء الرجل ان يجرى فى اكثر من اربعه ارحام حرائر.

و يدل عليه ايضا ما رواه ابن بابويه عن القاسم بن الربيع الصحاف و عن محمد بن سنان ان الرضا كتب اليه فيما كتب فى جواب مسائله عله تزويج الرجل اربع نسوه و تحريم ان تتزوج المراه اكثر من واحد الخ راجع تفسير البرهان فى تفسير الايه. و يدل عليه ايضا من الاخبار ما دلت على عدم جواز تزويج الخامسه حتى يخرج عده المطلقه فان تزوج فى عدتها فالنكاح باطل و الاخبار بذلك مستفيضه و متواتره.

اما الايه الكريمه فانها بصدد بيان امر اخر من خوف عدم القسط فى اليتامى كما فى قوله تعالى و تقدس - فان خفتم الاتقسطوا فى اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء - قيل يعنى ان خفتم ان لا تعدلوا فى يتامى النساء اذا تزوجتم بهن فزوجوا ما طاب لكم من غير هن اذ كان الرجل يجد يتيمه ذات مال و جمال فيتزوجها ظنابها

فربما يجتمع عنده منن عدد و لا يقدر على القيام بحقوقهن و ذكر فى تفسير القمى و مجمع البيان و غير هما فى سبب نزوله و كيفيته نظام محصوله و اتصال فصوله وجوها اخر لا يخلو شيى منها عن مناقشه.

و عن ابن عباس فى تفسيره (تنوير المقباس) ما لفظه نزلت فى رجل من غطفان كان عنده مال كثير لابن اخ له يتيم فلما نزلت هذه الايه قالوا العزل اليتامى مخافه الاثم فانزل الله (و ان خفتم الاتقسطوا فى اليتامى) اى الاتعدلوا بين اليتامى فى حفظ الاموال فكذلك خافوا ان لا يعدلوا بين النساء فى النفقه و القسمه و كانوا يتزوجون من النساء ماشاء واتسعاً او عشراً و كان تحت قيس بن الحرث ثمان نسوه فنها هم الله عن ذلک و حرم عليهم ما فوق الاربعه فقال فانكحوا ما طاب لكم فتزوجوا احل الله لكم مثنى و ثلاث و رباع انتهى.

و فى الدر المنثور فى تفسير الايه اخرج عبد بن حميد و البخارى و مسلم و النسائى و ابن جرير و ابن المندر و ابن ابى حاتم و البيهقى فى سننه عن عروه بن الزبير انه سال عن عائشه عن قول الله تعالى و ان خفتم الاتقسطوا فى اليتامى) قالت يا ابن اخى هذه اليتيمه تكون فى حجر وليها تشركه فى مالها و يعجبه مالها و جمالها فيريد وليها ان يتزوجها بغير ان يقسط فى صداقها فيعطيها مثل ما يعطيها غيره فنهوا عن ان ينكحوهن و طاب لهم من النساء سواهن و ان الناس

استفتوا رسول الله صلی الله علیه و سلم بعد هذه الایه فـانزل الله و یستفتونک فی النساء انتهی ـ و الایه قوله تعالی فی سوره النسـاء آیه ۱۲۷ و یستفتونک فی النساء قل الله یفتیکم فیهن و ما یتلی علیکم فی الکتاب فی یتامی النسـاء اللاتـی لا تـو تـونهن مـا کـتب لهـن و تـرغبون ان تـنکحوهن و المسـتضعفین مـن الولدان و ان تـقوموا للیتامی بالقسط و ما تفعلوا من خیر فان الله کان به علیما.

و الغرض من نقل الایه الثانیه باعتبار کونها یوضح المـراد مـن الایه الاولی و یرفع اجمالها علی فرض وجوده فالمراد منه و الله اعلم ان خفتم فی حیف اموالهن بعد نکاحهن فلا تزوجوهن بل تزوجوا ما طاب لکم من النساء وان تقسطوا فی الیتامی ایضاً فـلا ضـیرفیهن ایضاً فالقسط و العدل فی الایتین راجعه الی اموالهن و مـهورهن و صداقهن فلابد ان یکون کلا المقامین بالقسط و العدل، و فی تفسیر علی بن ابراهیم قال تزلت الایه مع قوله تعالی یستفتونک فی النسـاء الخ فنصف الایه فی اول السوره و نصفها علی راس الماه و عشرین ایه راجع الیه و الی تفسیر البرهان، و یحتمل بعیداً بعد کون المـراد من الیتامی یتامی النسـاء، باعتبار الایه اثانیه ـ ان یکون المراد مـن الایه فان خفتم ان لا تقسطوا فی یتامی النساء فانکحوا ما طاب لکم من النساء ای امهاتهن لیکون النسـاء حافظه لاموالهن فـی بـیتکم و مواظبه لحراستهن و یوئده ایضا ما نقلنا عن تـفسیر البـرهان مـن اتحاد الایتین انفاً و الله اعلم بالصواب.

و عن الجواهر يمكن ان يكون المراد منها ان خفتم ان لا تقسطوا في اليتامى بالانفاق من اموالهم التي في ايديكم التي جوز الله لوليهم الانفاق منها بالمعروف فاقتصروا على نكاح ما طاب لكم و حل و ساغ من العدد اعني مثنى و ثلاث و رباع انتهى.

و يرد عليه مضافا الى عدم وضوح المراد من الانفاق هل هو الانفاق على انفسهم بالمعروف من باب الاجره و الانفاق عليهن من اموالهن باعتبار الحيف، و الاكل منه ان المراد من الخوف في الايه انما هو الخوف من عدم القسط في صداقهن و مهورهن و اكل اموالهن لا الانفاق فقط، راجع تفسير الايه مجمع البيانو الدر المنثور و الصافي و غيرها.

و العمده في المقام استفاده حرمه ازيد عن الاربعه منها و غايه ما يمكن ان يقال في تقريب الدلاله ان مقتضى اباحه الاعداد المخصوصه تحريم ما زاد عليها اذ لو كان مباحا لما خص الجواز بها فيستفاد منها ان الجواز و الاباحه منحصره فيها دون غيرها و لا مفهوم اباحه الاربع حصر ما دون الاربع او ما زاد عليها و الاول باطل بتجويز الثلاث فتعين الاول و هو حرمه ما فوق الاربع، و بالجمله فالعنايه بذكر المثنى و الثلاث و الاربع يفيدكون المباح ما ذكر دون غيره.

لكن يرد عليه ان الايه بصدد بيان امر اخر و هو الخوف من القسط في اموال اليتامى او النكاح في النساء غيرهن و ذكر المثنى و الثلاث

انما هو باعتبار ان المیل الشهوانی یزول فی النساء ایضا فلا اختصاص فیه بنکاح الیتامی حتی ینجر الی اکل ما لهن و الحیف فیه فلا یستفاد منها المفهوم اصلاً حتی یکون قابلا للاستناد.

ثم ان مثنی و ثلاث و رباع بدل مما طاب او حال عن فاعل طاب و الاعراب النصب علی کلا القولین باعتبار کون (ما) للجنس علی قول المبرد لا المصدریه علی قول الفراء و تقدیره اثنتین اثنتین و ثلاثا ثلاثا و اربعا اربعا و انه غیر منصرف لعلتین العدل و الصفه و عن الزجاج انه غیر منصرف لعلتین العدول عن اثنتین اثنتین و العدول عن التانیث و قیل عدم الانصراف لتکریر العدل عدلها عن صیغها و عدلها عن تکررها فاحد العدلین لفظی و الاخر معنوی فمقتضی الایه الاذن فی نکاح من شاء من العدد و مقتضی العطف بالواو جمع المتعاطفه فی الجواز لا جواز الجمیع بینهما فلا یلزم نکاح التسع کما فی الجواهر، من غیر فرق فیما ذکر بین کون الواو بمعنی (او) او بمعناه الحقیقی اذا لفرض من ذلک تزویج ای عدد شاء الی اربع کیف ما کان و اما امر رسول الله ﴿صلى الله عليه وآله﴾ قیس بن الحارث عند نزول الایه و کان تحته ثمانیه ان یطلق اربعاً و یمسک اربعاً قال فجعلت اقول للمراه التی لم تلدیا فلانه ادبری و التی قد ولدت یا فلانه اقبلی - فما یمکن الاستناد الیها فی المقام من غیر ان یکون الایه مستفاداً منها ذلک فالتعجب من دعوی بعض الناس منصاحب الریاض و غیره عدم دلاله الایه لیس علی ما ینبغی.

و لا يحل له من الاماء بالعقد اكثر من اثنتين من جمله الاربع سوء كان معها حرتين ام لا باجماعنا حكاه جماعه من اصحابنا بل عن الجواهر بلا خلاف اجده فيه بل الاجماع بقسميه عليه، ففى مسئله ۸۸ نكاح الخلاف يجوز للحر ان يتزوج بامتين و لا يزيد عليهما و قال الشافعى لا يجوز له ان ينكح اكثر من واحده فان نكح ثانيه و تحته امه، فنكاح الثانيه باطل و ان نكح امتين بعد واحد بطل نكاحها و قال ابو حنيفه اذا لم يكن تحته حره جازله ان ينكح من الاماء ما نكح من الحرائر و له ان يتزوج اربع اماء بعقد واحد او واحد بعد اخرى كيف شاء -دليلنا اجماع الفرقه و اخبارهم.

و عن ابن رشد فى البدايه اتفقوا على انه يجوز للعبدان ينكح الامه و للحره ان تنكح العبد اذا رضيت بذلک هى و اوليائها و اختلفوا فى نكاح الحر الامه فقال قوم يجوز باطلاقه و هو المشهور من مذهب ابن القاسم و قال قوم لا يجوز الابشرطين عدم الطول و خوظ لعنت و هو المشهور من مذهب ما لک و هو مذهب ابى حنيفه و الشافعى و السبب فى اختلافهم معارضه دليل الخطاب فى قوله تعالى (و من لم يستطع منكم طولا ان ينكح) الايه لعموم قوله (و انكحوا الايامى منكم و الصالحين) انتهى و عن العلامه فى التحرير شرط بعض علمائنا فى نكاح الامه دائما امرين عدم الطول و هو عدم الثروه و هو اعجر عن المهر و النفقه و خوف العنت و هو المشقه من الترک فمن وجد الطول او امن العنت لم يجزله نكاح الامه ومن جمع

الشرطین جازله العقد علی امه واحده لا غیر و الاقرب انهما شرطان فی الندبیه لا الجواز فیکره لفاقدهما العقد علی الامه و ان کان سایغاً) و قد تقدم منافی المباحث السابقه عدم دلاله الایه علی لزوم الشرطین بل لابد من الحمل علی الکراهه، و اما الاکثر من اثنتین فلا یجوز و یدل علیه ایضا من الاخبار.

صحیحه ابی بصیر المرادی عن ابی جعفر ﴿علیه السلام﴾ قال سالته عن رجل له امراه نصرانیه له ان یتزوج علیها یهودیه فقال ان اهل الکتاب مما لیک للامام و ذلک موسع منا علیکم خاصته فلا بأس ان یتزوج قلت فانه تزوج علیهما امته قال لا یصلح ان یتزوج ثلاث اماء الحدیث، و فی خبر عباد بن صهیب عن الصادق و لا یحل له من الاماء الا واحده و فی دلاله الاولی نظر لو لا الاجماع.

فعلی الجواز تحسبان من الاربع فلا یجوز له معهما الا الحرتان خاصه او ثلاث حرائر مع واحده من الاماء و المستفاد من کلما تهم الاجماع علیه بل الاطلاق المانع من الکتاب و السنته عن الزاید علی الاربع و تقییدها فی بعضها بالحرائر مع وروده مورد الغالب انما هو بالاضافه الی ملک الیمین لا مطلقا کما صرحوا بذلک فی کلماتهم.

و اذا استکمل العبد اربعاً من الاماء او حرتین او حره و امتین حرم علیه ما زاد.

فعن المسالک هذا عندنا موضع وفاق و خالف فیه العامه اجمع

فذهب بعضهم الى انه لا يتجاوز اثنتين على النصف من الحر و ذهب الاقل

و خبر الحسن بن زياد عن ابى عبدالله قال سالته عن الملوك ما يحل له من النساء فقال حرتان او اربع اماء.

و عن القاسم بن عروه عن ابى بكير عن زراره عن احمدهما قال سالته عن الملوك كم يحل له ان يتزوج قال حرتين او اربع اماء و قال لا بأس اذا كان فى يده مال و كان ما ذونا له فى التجاره ان يشترى ما شاء من الجوارى و يطاهن.

و عن الصدوق قال سئل عن الملوك ما يحل له من النساء قال حرتين او اربع اماء.

و فى روايه اخرى يتزوج العبد بحرتين او اربع اماء او اميتن و حره.

فبعد الاطلاع على فتاوى العامه تقدر على حمل الروايات المانعه على التقيه اومحامل اخرى كما لا يبعد. كما فى خبر محمد بن الفضل عن ابى الصباح الكنانى قال سالت ابا عبدالله عن المملوك كم يحل له من النساء قال امراتان او يحمل على الحرتين كما لا يبعد.

و كذا روايته الاخرى قال سالت ابا الحسن ﴿عليه السلام﴾ عن المملوك كم يحل له من النساء قال لا يحل له الا اثنتان و خبر زراره عن ابى جعفر قال لا يجمع المملوك من النساء اكثر من امراتين و عن

سماعه قال سالته عن المملوک کم یحل له من النساء قال امراتان.

و عن محمد بن مسلم عن ابی جعفر قال ينكح العبد امراتين حرتين و لا يزيد فانه ايضا شاهد على حمل المطلق على المقيد و هو الحرتين.

و يستفاد جواز تزويج حره و امتين ايضا مما رواه الصدوق مضافا الى الاجماع المدعى فى المقام و عدم صدق الزياده على الاربع بل فى الجواهر امكان دعوى نصوص العبد خاصه فى تنزيل الحره بالنسبه اليه منزله الامتين فلعدد الممتنع منه الزياده على اربع اماء حقيقه او حكما و الامتان و الحره بمنزله الاربع حكما فلا زياده فيه فلا زياده فيه فلا منع.

و المعتق بعضه كالحر فى حق الاماء فلا يتجاوز امتين و كالعبد فى حق الحرائر فلا يتجاوز حرتين كما ان المعتق بعضها كالحره فى حق العبد فلا ينكح اكثر من اثنتين و كالامه فى حق الحر فلا يتجاوزها فكانه تغليبا لجانب الحرمه الا انه لولا الاجماع ففيه بحث واضح.

و الدليل عليه ما يستفاد من بعض الاخبار المعتبره ما اجتمع الحلال و احرام الا و قد غلب الحرام الحلال كما عن الرياض غير تام كما هو واضح.

و عن العلامه فى التحرير بعد ذكر حكم العبد و الحر قال و لا فرق فى الاماء بين القن و امهات الاولاد و المكاتبات المشروطه و

المطلقات اللواتی لم یودین شیئا اما المطلقه اذا ادت شیئا و من انعتق بعضها ففی تحریم ما زاد علی اثنتین منهن اشکال اقربه التحریم تغلیباً لجانب الحرمه انتهی.

و اما الاصل المحکم فی هذه المسئله هو التمسک بالاستصحاب فی حق العبد فیجوز له بعد کونه مبعضا نکاح اربع اماء کما یجوز له تزویج حرتین اوحره و امتین الی غیر ذلک من احکام العبد القن کما هو ظاهر و الکلام فی الامه المبعضه کالکلام فی العبد.

قال ابن اذینه و کان زراه یقول هذا و یحلف انه الحق الا انه کان یقول انکانت تحیض فحیضه و انکانت لا تحیض فشهر و نصف و رواه فی المستدرک عن نوادر احمد بن محمد بن عیسی مثله باختلاف یسیر فی بعض کلماته.

محمد بن علی بن الحسین باسناده عن الفضل بن یسار انه سئل اباعبدالله عن المتعه فقال هی کبعض امائک.

و العیاشی فی تفسیره عن عبد السلم عن ابیعبد الله قال قلت له ما تقول فی المتعه قال قول الله فما استمعتم به منهن فاتوهن اجورهن فریضه الی اجل سمی و لا جناح علیکم فیما تراضیتم به من بعد الفریضه قال قلت جعلت فداک اهی من الاربع قال لیست من الربع انما هی اجاره الحدیث.

و فی المستدرک فی رساله المتعه عن ابی بصیر انه ذکر الصادق ﴿علیه السلام﴾ و هل هی من الربعه فقال تزوج منهن الفا.

و عن حماد بن عثمان قال سئل الصادق ﴿عليه السلام﴾ فی المتعه هی من الاربعه قال لا و لا من السبعین.

و فی فقه الرضا ﴿عليه السلام﴾ و سبیل المتعه سبیل الاماء له ان یتمتع منهن بما شاء و اراد.

و فی نوادر احمد بن محمد بن عیسی ما تقدم.

و عن محمد بن مسلم عن ابی جعفر ﴿عليه السلام﴾ فی المتعه قال انها لیست من الاربع. الی غیر ذلک من الروایات التی تدل بظاهر و صریحها علی جواز المتعه بما شاء من العدد.

و فی قبال هذه الروایات المتظافره روایات اخری نادره بل غیر مفتی بها..

کصحیحه احمد ابن محمد بن ابی نصر عن ابی الحسن الرضا ﴿عليه السلام﴾ قال ابو جعفر اجعلوهن من الاربعه فقال له صفوان بن یحیی علی الاحتیاط قال نعم و فیه ان اثار التقیه منها ظاهره باعتبار نقل الامام الحکمه عن امام اخر من دون ان یحدث من نفسه و الاحتیاط لیس فی الحکم بل لاجل ملاحظه العامه.

و کروایه عمار الساباطی عن ابیعبد الله عن المتعه فقال هی احد الاربعه.

و عن ابی نصر عن ابی الحسن ﴿عليه السلام﴾ قال سالته عن الرجل تکون له المراه هل یتزوج باختها متعه قال لا قلت حکی زراره عن ابی جعفر انما هی مثل الاماء یتزوج ما شاء قال هی من الاربع.

قال الشیخ و هذان الخیران ورد امـور الاحـتیاط و الفـضل دون الحظر.

و فی النوادر عن القسم بن علی عن ابی ابراهیم ﴿علیه السلام﴾ انه قال فی حدیث و لا تجتمع ماء فی خمس قلت و ان کانت متعه قال و ان کانت متعه فانها ایضا محموله علی التقیه من العـامه کما تشـهد بـذلک روایات.

فمنها الروایات الوارده عن النهی عن المتعه کما فی روایه عمار قال، قال ابوعبد الله ﴿علیه السلام﴾ لی و لسلیمان بن خالد قد حرمت علیکما المتعه من قبلی ما دمتما فی المدینه لانکما تکثران الدخـول عـلی و اخاف ان توخدا فیق هولاء اصحاب جعفر بن مـحمد بـن عـلی بـن الحسین.

فروایته جابره علی فرضـه و فـی قـرب الاسـناد قـال سـالته ای موسی بن جعفر عن رجل له اربع نسوه فطلق واحده هل یصلح له ان یتزوج فی اخری قبل ان تنقضی عده التی طلق قـال لا یـصلح له ان یتزوج حتی تنقضی عده المطلقه.

و صحیح حماد بن عثمان و عمار بن موسی و عبدالله بن سـنان الوارده فی ابواب العدد من الوسائل فراجع هذه الاخـبار و انکـانت مطلقه الا ان الاصحاب حملوها علی العده الرجـعیه کـما عـنون بـه الباب فی الوسائل و هنا روایات اخری اوردها فی المستدرک.

کروایه الجعفر یات عن جعفر بن مـحمد عن ابـیه ان عـلیها عـلیه

السلام قال على الرجل خمس عدات اذا كان له اربع نسوه فطلق احدايهن فليس له ان يتزوج حتى تنقضى عده التى طلق الخبر.

و كروايه احمد بن محمد بن عيسى عن النضر بن سويد عن عبدالله عن ابى عبدالله «عليه السلام» انه قال فى رجل تحته اربع نسوه فطلق احدايهن قال لا ينكح حتى تنقضى عده التى طلق ـ لكن فى الوسائل باب العدد عبدالله بن سنان فراجع.

و روايه محمد بن قيس الذى تقدم مثله عن الوسائل و اشرنا اليها.

و عن دعائم الاسلام عن على «عليه السلام» فى الرجل يكون عند اربع نسوه فيطلق احدايهن قال ليس له ان يتزوج خامسه حتى تنقضى عده التى طلق.

و عن دعائم الاسلام عن على «عليه السلام» فى الرجل يكون عنده اربع نسوه فيطلق احدايهن قال ليس له ان يتزوج خامسه حتى تنقضى عده التى طلق.

و عن فقه الرضا و لا يجوز لمن له اربع نسوه اذا عزم على التزويج الابطلاق احدى الاربع و لا يتزوج حتى تنقضى عده التى طلق.

الى غير ذلك مما تظفر عليه اذا تتبعت فى الابواب المتفرقه التى اطلق فيها العده من دون تفصيل بين كونها فى العده الرجعيه او غيرها لكن لابد من الحمل عليها بقرائن اخرى و سياتى بعضها انشاء الله تعالى.

و يمكن حملها على التقيه ايضا كما لويده قول بعضهم بالصبر

حتى تخرج العده مطلقا مع البائن ايضا كما عن ابى حنيفه و غيره.

و اما اذا كانت المراه فى العده البائنه فيتزوج و ان لم تخرج عدتها ان كانت ذات عده كالمختلعه.

قال فى نكاح الخلاف مسئله ٦٥ اذا ابان زوجته بخلع او مبارات او فسخ جازله ان يتزوج باختها و عمتهاو خالتها قبل ان تخرج من العده و به قال زيد بن ثابتو الزهرى و مالك و الشافعى و ذهب قوم الى انه لا يجوز قبل الخروج من العده على كل حال و حكوا ذلك عن على ﴿عليه السلام﴾ و ابن عباس و به قال الثورى و ابو حنيفه و اصحابه و هكذا الخلاف اذا كان تحته اربع فطلق واحده هل له نكاح اخرى قبل انقضاء عده هذه ام لا و لو طلقهن لم يكن له ان يتزوج غيرهن لا واحده ولا اربعا حتى تنقضى عدتهن و هكذا لو كان له زوجه واحده فطلقها كان له العقد على اربع سواها و قالوا لا يجوز.

اخت المختلعه من ساعته.

نعم يعارضها ما رواه على بن ابى حمزه عن ابى ابراهيم ﴿عليه السلام﴾ قال سالته عن رجل طلق امراته ايتزوج اختها قال لا حتى تنقضى عدتها قال و سالته عن رجل كانت له امراه فهلكت ايتزوج اختها قال من ساعته ان احب.

و عن الجعفريات عن على ﴿عليه السلام﴾ انه قال على الرجل خمس عدات الى ان قال و الرجل يطلق المراه فيريد ان يتزوج اختها و الرجل يطلق المراه فيريد ان يتزوج عمتها و خالتها فليس له ان يتزوج حتى

تنقضی عده التی طلق.

و عن دعائم الاسلام انه قال اذا طلق الرجل المراه لمیتزوج اختها حتی تنقضی عدتها، المحموله هذه الاخبار کلها علی کون العده رجعیه.

کما ان الروایات الوارده فی اختین نکح احداهما رجل ثم طلقها و هی حبلی فجمعهما قبل ان تضع اختها المطلقه ولدها فامر علی «علیه السلام» بمفارقه الاخیره حتی تضع الاولی حملها و ضمنالزوج صداقا مرتین کما فی صحیحه محمد بن قیس عن ابی جعفر.

محموله علیالعده الرجعیه او هی ظاهره فیها بقوله فجمعهما قبل ان تضع اختها المطلقه فیکون من الشواهد علی الجمع بین الاخبار بحمل مطلقها علی مقیدها.

و اما الزوجه المتوفاه فالظاهر عدم العده علی الرجل لاجلها کما تقدم من التحریر فلا یجب الصبر الی اربعه اشهر و عشر کما یدل علیه ذیل روایه علی بن ابی حمزه المتقدمه انفا.

و روایه عبدالله بن جعفر فی قرب الاسناد عن عبدالله بن الحسن عن علی بن جعفر عن اخیه موسی بن جعفر قال سالته عن رجل کانت له اربع نسوه فماتت احدایهن هل یصلح له ان یتزوج فی عدتها اخری قبل ان تنقضی عده المتوفاه فقال اذا ماتت فلیتزوج متی احب.

و یشعر بذلک ایضا ما رواه زراره عن الصادق انها اذا ماتت لم یغسلها لانه لیس منها فی عده.

فروايه عمار قال سئل ابو عبد الله عن الرجل يكون له اربع نسوه فتموت احديهن فهل يحل له ان يتزوج اخرى مكانها قال لا حتى تاتى عليها اربعه اشهر و عشراً الحديث.

محمول على الاستحباب كما عن الشيخ قال لانه اذا ماتت المراه جاز للرجل ان ينكح امراه اخرى مكانها فى الحال كما نقله عنه فى الوسائل.

و اما المتعه .... الصدوق فى المقنع و اذا تزوجت المراه متعه بمهر معلوم الى ان قال و اذا تزوجت بامراه متعه الى اجل مسمى فلما انقضى اجلها احببت ان تتزوج اختها فلا تحل لك حتى تنقضى عدتها انتهى.

و تدل عليه روايه ابى بصير عن ابى عبدالله ﴿عليه السلام﴾ قال سالته عن رجل له اربع نسوه فطلق واحده يضيف اليهن اخرى قال لا حتى تنقضى العده فقلت من يعتد فقال هو قلت و ان كانت متعه قال و ان كانت متعه.

و روايه يونس قال قرات كتاب رجل الى ابى الحسن ﴿عليه السلام﴾ الرجل يتزوج المراه متعه الى اجل مسمى فينقضى الاجل بينهما هل يحل له ان ينكحاختها من قبل ان تنقضى عدتها فكتب لا يحل له ان يتزوجها حتى تنقضى عدتها.

و عن محمد بن على بن الحسين فى متعه الفقيه و روى القاسم بن محمد الجوهرى عن على بن ابى حمزه قال قرات فى كتاب رجل الى

ابی الحسن ﴿علیه السلام﴾ رجل تزوج بامراه متعه الی اجل مسمی فاذا انقضی الاجل بینهما هل له ان یتزوج باختها فقال لا تحل له حتی تنقضی عدتها.

و ذکر نحوه محمد بن الحسن باسناده عن محمد بن یعقوب و باسناده عن الحسین بن سعید قال قرات فی کتاب رجل ابی الحسن الرضا ﴿علیه السلام﴾ و ذکر مثله.

احمد بن محمد بن عیسی فی نوادره قال قرات فی کتاب رجل الی ابی الحسن العالم ﴿علیه السلام﴾ الرجل یتزوج متعه الی اجل مسمی فینقضی الاجل بینهما هل له ان ینکح اختها من قبل ان تنقضی عدتها فکتب لا یحل له ان یتزوج حتی تنقضی عدتها، والروایات کما تری ضعیفه السند و الرجل الکاتب الی ابی الحسن غیر معلوم الحال و انهم قد قرا و اکتابه اما الاعتماد علیه فلا یستفاد من مجرد القرائه الا انه ایضاً بعید لان نقل مثلهم لاجل العمل فلابد من الحمل علی التقیه لاجل کون النکتته فی الکتابه خوف الاذاعه وفی المختلف یجوز بل حل بعد انقضاء اجل المتعه التزویج باختها و ان لمتنقض عدتها علی الاشهر بین علمائنا وقال الصدوق فاذا انقضی اجلها فهی فرقه بغیر طلاق فاذا احببت ان تتزوج اختها فلا تحل لک حتی تنقضی عدتها و تبعه الکیدری لنا انها فرقه باین فاشبهت المطلقه ثلاثا و غیرها من البوائن التی لا تحل له حتی یعقد علیها عقد امستانفا فساغ التزویج بالاخت کالنکاح الدائم ثماورد روایه الفقیه فاجاب بضعف السند و

بكونها مكاتبه فتزداد ضعفا انتهى.

و الكيدرى من المتاخرين و هو من تلامذه ابن حمزه صاحب الوسيله و الواسطه وله كتاب الاصباح فى الفقه وشرح نهج البلاغه و اقواله فى الفقه مشهوره كما فى المختلف و غايه المراد و المسالك وكشف اللثام و غيرها و اعتمد عليه المجلسى قده فى السماء و اعالم و اسمه محمد بن احسين المعروف بالقطب الكيدرى و الكيدر قريه منقرى بيهق و قد يقال بالذال ايضا ففى الطراز كيذر كحيدر قريه من قرى بيهق منها قطب الدين محمد بن الحسين الكيدرى الاديب الشاعر.

لكن فى النهايه بعد ان ذكر جواز العقد على احدى الاختين فى عده طلاق البائن قال و قد روى فيها انه اذا انقضى اجلها فلا يجوز العقد على اختها الابعد انقضاء عدتها مشيراً بذلك الى صحيح ابن سعيد المؤيد بخبر يونس و خبر على بن ابى حمزه و خبر احمد بن محمد بن عيسى.

و فى نهايه المرام لسيد المدارک ان العمل به متعين قال و لو لا اعراض الاصحاب عنه بل عن ثر هذه الروايه شاذه مخالفه لاصول المذهب لا يلتفت اليها و لا يجوز التخريج عليها.

و فى الرياض بعد ايراد الروايه ما لفظه و هو مع عدم مكافئته لما تقدم يتطرق اليه القدح بعدم القطع بكون الحكم عنه «عليه السلام» اذا غايته وجدانه فى الكتاب عنه وليس كلما يوجد فى الكتب يكون صحيحا

کما صرح به الشیخ فتامل و الاحتیاط لا یترک النتهی.

و قال فی المبسوط ان کان الطلاق باینا او خلعاً او فسخاً جازله العقد علی اختها و عمتها و خالتها قبل انقضاء عدتها و کذلک ان کانت عنده واحده و طلقها جازله العقد علی اربع ان کان الطلاق باینا و ان کان رجعیاً. فلیس له ان یعقد الا علی ثلث فلم یتعرض لمسئله المتعه و تعبیره فی النهایه (بروی) مما یشعر بعدم اعتماده علی الروایه و یمکن ان یستفاد حکم المسئله من العله الوارده فی الاخت المختلعه (اذا برئت عصمتها و لم یکن له علیها رجعه).

فله ان یخطب اختها کما فی صحیحه الحلبی و غیرها مما تقدم.

فالاقوی هوطرح الروایات بمخالفتها لفتوی الاکثر و لفحوی الصحاح المتقدمه و استفاده الفحوی من التعلیل الوارد فی عده منها و ان کان للاحتیاط ایضا مجال واسع.

مسئله لو کان عنده اربع و شک فی ان الجمیع بالعقد الدائم او البعض المعین او غیر المعین فهن بعقد الانقطاع، فهل یجوز نکاح الخامسه او لا فیه اشکال منشائه اثبات الدوام باصاله عدم ذکر الاجل بناء علی القول بان الدوام و المتعه من قبیل الزاید و الناقص فاذا لم یذکر الاجل یکون العقد دواماً باعتبار ان الموجد انما هو الزوجیه و الدوام من لوازمات العقد کما فی عقد البیع فان المنشاء بالصیغه انما هو الملکیه و الدوام من احکام العقد فکان ذکر الاجل یمنع اللازم او الاخذ باطلاق العقد فاذا شک فی حدوث المانع

فالاصل عدمه اوفى ذكر الاجل فالاصل عدم ذكره فى نفس العقد.

لكن يرد عليه ان عقد الدوام و الانقطاع عند العرف نوعان بعد شرعيه الصيغه فمع قصد العقد بعنوان الانقطاع و نسيان الاجل كيف يصير العقد دواماً مع كون القصد الى انشاء عنوان مقيد بقيد الانقطاع فما وقع لم يقصد وما قصد لم يقع.

و مع تسليم الاتحاد ان استصحاب عدم القيد باعتبار عدم وجوده انما ينفع بناء على حجته الاستصحاب فى الاعدام الازليه و لا نقول به كما حقق فى موضعه مضافا الى ان استصحاب عدم القيد لا يثبت كون العقد مما لم يسم فيه الاجل الاعلى القول بالاصل المثبت.

و موثقه ابن بكير عن ابى عبدالله قال، قال ابوعبدالله فى حديث ان سمى الاجل فهو متعه و ان لم يسم الاجل فهو نكاح.

يمكن ان يكون ناظراً الى اصل مشروعيه المتعه و كيفيه عقدها و ليس فيها تصريح بانها اراد المتعه و اخل بالاجل بل مضمونها ان انكاح مع الاجل متعه ومع عدمه دوام و لا نزاع فيه.

و اذا شك فى ان المطلقه هل كانت باينه او رجعيه فاستصحاب عدم النكاح بالخامسه محكمه فلا يجوز له العقد على الخامسه الا بعد خروج عده الزوجه التى طلقها، و لا يعارض الاستصحاب شيى آخر.

و الكلام فى ما لو وهب المده كالكلام فى انقضاء المده و ان كان النصوص الوارده فى خصوص انقضاء الاجل.

(فی ترویج الاجنبین و الاثنتین علی الثلاثه فی عقده واحده)

و اذا تزوج احدی الاربع بایناً و تزوج اثنتین فان سبقت احدیهما کان العقد لها و ان اتفقتا فی حاله بطل العقدان وروی انه یتخیر وفی الروایه ضعف و الاشهر هو الاول بین الطائفه کما عن السرائر و الارشاد وفی التحریر لو کان له ثلاث فتزوج اثنتین فی عقد واحد قیل یتخیرایتهما شاء و قیل یقع باطلا و ذهب الی الصحه فی المسئلتین فی النهایه و الی الصحه ذهب فی المهذب و الجامع وا لوسیله وقال بالصحه فی مسئله الاختین الاسکافی و القاضی.

و فی المختلف لا یجوز الجمع بین الاختین فی العقد و لا بین الخمس و لا بین الاثنتین و عنده ثلاث اجماعا فان فعل دفعه قال الشیخ فی النهایه یتخیر فی ای الاختین شاء و کذا فی الزائد علی الاربع و هو قول ابن الجنید وابن البراج و قال ابن ادریس یبطل العقد

و به قال ابن جمزه و المعتمد الاول و بعد الاستدلال بروايه جميل كما سياتى قال و لان المقتضى للاباحه ثابت و المانع لا يصلح للمعارضه فيجب ثبوت الحكم اما وجود المقتضى فلان المقتضى للاباحه هو العقد ثابت اذا العقد عليهما عقد على كل واحد منهما و اما انتفاء المعارض فلانه ليس الا انضمام العقد على الاخت الاخرى اليه لكنه لا يقتضى تحريم المباح كما لو جمع بين محرمه عينا و محلله عيناً فى عقد واحد و كما لو جمع بين المحلل و المحرم فى البيع و لا فرق الا الاطلاق و التعيين و لا اثر له على التحريم انتهى.

و هوكما ترى يافق القاعده ايضا اذا الفرض صحه العقد فى حد ذاته على كل واحد منهما مع قطع النظر عن الاخر كما اذا اوصى بواحد من الاشياء او باع واحداً من العبدين او العباد وكما اذا قال بعتك واحدا منهما فيتخير المشترى و كما اذا فرض النهى عن اشتراء دارين مثلا فاشترى الدارين معافله فسخ احديهما بالاختيار فيحكم بصحه ما اختاره عند العقلاء و بطلان الاخر.

و كذلك الكلام فى المقام فانه يوقع العقد مع الجهاله او التوجه بواحد من الاختين او اثنتين بعد ما كان له ثلاث فان العقد فى حد ذاته صحيح والمانع انما هوالاخر او الخامسه فيتخيرايتهما شاء كما يدل عليه الروايات وفاقا للقاعده.

كصحيح جميل ابن دراج عن ابى عبدالله فى رجل تزوج خمسا فى عقده قال يخلى سبيل ايتهن شاء و يمسك الاربع.

و یستفاد حکم المسئله من صحیح جمیل ابن دراج عنه ﴿علیه السلام﴾ فی رجل تزوج اختین فی عقده واحده قال یمسک ایتهما شاء و یخلی سبیل الاخری و قال فی رجل تزوج خمساً فی عقده واحده قال یخلی سبیل ایتهن شاء ـ و روینا هذه الروایه کی یعلم ان شبهه جمیل فی المسئلتین کانت من واد واحد فلذا سئل عنهما عن الامام فی مجلس واحد.

و رواه فی الکافی عن علی بن ابراهیم عن ابیه عن ابن ابی عمیر عن جمیل بن دراج عن بعض اصحابه عن احدهما انه قال فی رجل تزوج اختین فی عقده واحده قال هو بالخیار یمسک ایتهما شاء و یخلی سبیل الاخری و رواه الشیخ باسناده عن محمد بن علی بن محبوب عن علی ابن السندی عن ابن ابی عمیر ـ فلعل تضعیف الروایه کما عن المحقق و غیره اما من جهته علی بن السندی الذی قال فی حقه العلامه فی المختلف لا یحضرنی الان حاله الا ان طریقه الشیخ الی ابن ابی عمیر جیدو هو الراوی ولا یضرا لارسال لان مراسیل ابن ابی عمیر معمول علیها.

و مع ذلک ان علی بن السندی هو علی بن اسماعیل یقال **له** السندی فلقب اسماعیل بالسندی و هومن اصحاب الرضا ﴿علیه السلام﴾ قال نصربن صباح علی بن اسماعیل ثقه و هو علی بن السندی **فلقب** اسماعیل بالسندی کمافی کش، و اما من جهه ان جمیل یرویها **عن** بعض اصحابه عن احدهما کما فی سند الکافی فمن البعید ان **یرویها**

تـاره بـواسـطه بـعض اصـحابه و اخـرى مسـتقلا عـن الصـادق فالواسطه سقطت من الروايه.

فعلى اى حال فلاجل ذلك حكموا بضعف الروايه بالارسال فالله العالم، و قدعرفت حال الروايه و انها معموله بـها و انـها صـحيحه اسند و لاى يضرها الارسال.

و اما روايه عنبسه بن مصعب قال سالت ابا عبدالله ﴿عليه السلام﴾ عـن رجل كان له ثلاث نسوه متزوج عليهن امراتين فى عقده فدخل على واحده منهما ثم ماتقال النكان دخل بالمراه التى بدا باسمها و ذكرها عند عقد النكاح فان نكاحها جايز و لها الميراث و عـليها العـده و ان كان ذخل بالمراه التى سميت و ذكرت بعد ذكر المـراه الاولى فـان نكاحها باطل و لا ميراث لها و عليها العده ـ و رواه الصدوق باسناده الى ابن ابى عمير عن عنبسته بن مصعب.

فانها بصدد بيان امر اخر غير التخيير فان ما سماه او لا نـكاحه صحيح و ما سماه اخيرا نكاحه باطل فيمكن ان يزوج او لا بالاولى ثم الثانيه كما اذا قال الوكيل زوجتك فاطمه و زينب فقال قبلت تزويج فاطمه و زينب فان النكاح يقع للاولى كما فى الجواهر من دون تخيير فيه اصلا و ان كان فيه تامل و بالجمله لا مانع من جـهه العـقل و لا العقلاء فى صحه النكاح فى احدى الاختين اذا كان النهى عن الجمع كما انه لا مانع من ابتياع دارين معا و اختيار احديهما مع النهى عن اشتراء دارين فيفسخ احدى الداريـن فـيكون بـالنتيجه قـد اشـترى

داراًواحده و فی المقام قد اختار احدیهما و ترک الاخر فلم یکن جامعاً للاختین معاً بل لولا خوف الاجماع یمکن ان یقال انه اذا نکح بالاخت ثم نکح الاخت الاخری فهو بالخیار فی ترک ایهما شاء و لو ترک ما نکحها اولا.

کما یدل علیه عن ابی علی الاشعری عن محمد بن عبد الجبار عن صفوان بن یحیی عن ابن مسکان عن ابی بکر الحضرمی قال قلت لابی جعفر ﴿علیه السلام﴾ رجل نکح امراه ثم اتی ارضاً فنکح اختها و لا یعلم قال یمسک ایتهما شاء و یخلی سبیل الاخری الحدی و رواه الشیخ باسناده عن محمد بن یعقوب الا انه قال هذا محمول علی انه اذا اراد امساک الاولی فلیمسکها بالعقد الثابت المستقر و ان اراد امساک الثانیه فلیطلق الاولی ثم لیمسک الثانیه بعقد مستانف - وهذا التوجیه کما تری انما نشاء من جهت عدم موافقتها عنده مع القواعد مع مصیره الی الاختیار فی مسئله الاختین فی النهایه و عن الاسکافی و القاضی ایضا و کما ذهب الی الاختیار فی مسئله تزویج الاثنتین علی الثلاثه فی النهایه والمهذب و الجامع و الوسیله، فعلی کل حال فالمسئله اجتهادیه من دون ان یکون اجماع فی البین علی البطلان فمن قال به انما هوبالنسبه الی القاعده لکن طریقه الاحتیاط فی المسئلتین تجدید العقد علی المختاره او الاختیار و الطلاق و اعطاء مهر المختاره ان بداله فی نکاحها.

فما قیل من الحکم بالبطلان فی صوره اقتران عقد الاختین او

الاخير تين بعد الثلاث او اتحاد العقد عليهما لعدم صحه الكل شرعا و صحه احدهما ترجيح من غير مرجح كما اذا عقد المرائه و امها و بنتها فى عقد واحد.

ليس على ما ينبغى لان الترجيح هو الاختيار عند العقلاء كما فى البيع و غيره ونطق به الروايات فى البابين بل فى الابواب المتفرقه فيما لوا سلم و معه ما فوق الاربع من النساء و اختيار العبد بعد العتق الى غير ذلك و لقد اجاد صاحب الجواهر فى تطبيق المسئلتين على القاعده فراجع ـ و اختار فى الخلاف و المبسوط جواز الاختيار فيما اذا لم يدخل بواجده من الام و البنت و المسئله فى محلها.

نعم لوكان تعلق انشاء العقد على الاختين او الاثنتين بعد الثلاث بالمجموع بحيث المجموع بحيث لا يكون انشاء على كل احد منهما على خصوصها فلا يمكن تصحيحه حتى فى صوره بيع ما لا يجوز و ما يجوز اذا انضم احدهما الى الاخر و بيعا معا.

فهل التخيير بنحو الاختيار او الوجوب فالظاهر هو الثانى لصحيحه جميل لقوله يمسك ايتهما شاء و يخلى سبيل الاخرى فان الامر بالامساك على نحوالوجوب مضافا الى صحه العقد فى حد ذاته على كل واحد منهما فاحدهما زوجته الا ان له الخيار فى تعيين ايتهما شاء كما يدل عليه فى مسئله اختيار الاربع من الثمانيه بعد الاسلام عن المسالک بقوله لان نكاح الاربع لازم له و قد جعل الشارع فسخ نكاح من شاء منهن.

فلومات قبل التخییر فعلی القول بکون المسئلی طبق القاعده فاحدهما زوجته فعلی الورثه او الحاکم الشرعی تعیین الزوجه بالقرعه فانها لکل امر مشکل و ان لم یکن له واقع کما لا یخفی و اما علی البطلان فالظاهر عدم شمول الروایه لها فهی خارجه عنها فیحکم ببطلان العقد ح فیهما معا.

و لو تزوج الحرامه فی عقد واثنتین فی عقد و اشبته السابق صح نکاح الواحده علی القول بالبطلان للعلم بصحه نکاح الواحده کیفما فرضو اما الاشتباه فی الاخرین فیرفع بالقرعه کما عن التذکره ایضا.

و عن الشافعیته القول ببطلان العقد تاره و التوقف علی البیان اخری فان صبرن لم ینفسخ و علیه الانفاق علیهن فی هذه المده.

و اما علی القول بالاختیار علی القاعده او استفاده حکمها من الروایات بالقاء الخصوصیه فلا یتعین الواحده للصحه لاحتمال تاخر العقد علی الاخرین مع جواز صحتهما باختیار احدی الاثنتین من الثلث لکن الاحتیاط فی هذه المسئله ایضا کسابقتها من اختیار ما زوجه من النساء بالعقد الجدید و الطلاق فیما یفارقه وترتیب احکام الزوجیه و الطلاق فیهما کما تقدم.

(فی ان خروج العده من غیر رجوع)
(لا یهدم المحلل فی الثلاث)

اذا استکلمت الحره ثلاث طلقات حرمت علی المطلق حتی تنکح زوجا غیره سواء کانت تحت حر او عبد.

بلاخلاف فی شی من ذلک من غیر فرق فی ذلک بین کون الرجعتین المتخللتین بین الطلقات بالرجوع فی العده مع المواقعه او بدونها او کونهما باستیناف عقد جدید، علیها بعد انقضاء العده ای من غیر فرق بین کون الطلقات طلاق عده او سنه او المرکب منهما الا ما عن ابن بکیر حیث خص ذلک بالطلاق العدی استنادا الی النصوص الشاذه الغیر المقاومه للنصوص المعتبره المستفیضه کما سیاتی، و اختاره فی الفقیه تبعا للفقه الرضوی.

قال فی الخلاف (کتاب الرجعه) اعتبار الطلاق بالزوجه انکانت

حره فطلاقها ثلث سواء كانت تحت حر او عبد و انكانت امه فطلاقها اثنتان سواء كانت تحت حرا و عبد وبه قال فی الصحابه علی ﴿عليه السلام﴾ و فی الفقهاء ابو حنیفه و اصحابه و الثوری و قال الشافعی الاعتبار بالزوج ان كان حرا فثلاث تطليقا توان كان مملوكا فتطليقتان سواء كانت تحته حره او امه و به قال ابن عمر و ابن عباس ومالک دلیلنا اجماع الفرقه و اخبارهم و ایضا قوله تعالای الطلاق مرتان فامساک بمعروف اوتسریح باحسان انتهی.

وفی المقنع طلاق العده وهوا نه اذا اراد الرجل ان يطلق امراته طلقها علی طهر من غير جماع بشاهدين عدلين ويراجعها من يوم ذلک اوبعد ذلک قبل ان تحيض و یشهد علی رجعتها ويواقعها حتی تحیض فاذا خرجت من حيضها طلقها تطليقه اخری من غير جماع ويشهد علی ذلک ثم يراجعها متی شاء قبل ان تحيض و يشهد علی رجعتها ويواقعها و یکون معها الی انتحیض الحيضه الثانيه فاذا خرجت من حيضها طلقها الثالثه بغير جماع و يشهد على ذلک فاذا فعل ذلک فقد بانت منه و لا تحل له حتی تنكح زوجا غيره انتهی.

الی غير ذلک من كلمات الاصحاب التی لا نطيل بذكرها و العمده هوبيان معنی الايه كما ورد فی عده روايات و قد قيل فی تفسيرها وجوه بعضها اظهر من بعض لكن الاظهر من جميع ذلک عندی بقرنيه ملاحظه شان النزول كما سياتی بعضها وبقرنيه كون (المرتان) فی الايه بمعنی الكرتان ای كره بعد كره من دون ان يقع

الطلاق فی المره الواحده فوق الواحده (کما یقول به العامه) هو ان یقال ان کل واحده من الطلاقین الرجعیین اما ان یکون فیه امساک بمعروف من دون ضرار او تسریح باحسان فالو صفین انما یرجعان الی حقیقه الطلاق الرجعی و ان بیده الامساک بمعروف من دون ضراراو تسریح باحسان کذلک و یدل علی ذلک و یوضح المراد منه قوله تعالی الایه بعدها بفاصله ایه اخری و اذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فامسکوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف و لا تمسکوهن ضرارا لتعدوا علیهن و من یفعل ذلک فقد ظلم نفسه و لا تتخذوا آیات الله هزواً الایه اما الطلاق الثالث و هو ما نطق به الایه التی بین الایتین بقوله فان طلقها فلا تحل له حتی تنکح زوجا غیره الایه.

لا یقال ان الروایات کما سیاتی انما تدل علی ان التسریح بالاحسان هو الطلقه الثالثه فلا یلائم ان یکون کل واحد من الوصفین راجعاً الی الطلاق الرجعی فالامساک بالمعروف راجع الی الطلاق الرجعی و اما التسریح بالاحسان هو الطلقه الثالثه و یفسره الایه بقوله فان طلقها فلا تحل له حتی تنکح زوجا غیره.

فانه یقال ان التسریح باحسان غیره منحصره فی الطلقه الثالثه بل هی عنوان کلی و من مصادیقه الطلاق الثالث و الاشاره فی الروایات بکون الطلاق الثالث هو التسریح باحسان یمکن ان یکون لاجل ان الطلاق الثالث ایضا لابد فیه ان یکون التسریح بالاحسان

حتی لا یکون من الطلاق الضرار فالروایات انما هی بصدد بیان ان لا یکون الطلاق الثالث ضرارا بل لا بدان یکون فیه الاحسان و المعروف و الله العالم، الا ان فی عده روایات تفسیر التسریح بالاحسان بالثالثه بحیث یوجب رفع الید عن ظاهرا لایه فیکون علیه الامساک بالمعروف راجعاً الی الجمله الاولی و هو (الطلاق مرتان) و التسریح بالاحسان مجمله یبینه قوله تعالی فان طلقها فلا تحل له من بعد حتی تنکح زوجا غیره، ثم انه تحرم المطلقه فی کل ثالثه حتی تنکح زوجاً غیره و هو المحلل سواء وقع الرجوع فی العده اولا فلا یهدم استیفاء العده و انقضائها و عدم رجوع الزوج فیهما فی کل مره تحرم الثالثه حتی تنکح زوجا غیره بالجماع الطائفه کما حکاه جماعه و عن بعض الاجله الاجماع علیه من العلماء کافه کما فی الریاض و یدل علیه عموم الکتاب بل اطلاقه و السنه المستفیضه خلافا لابن بکیر و عن الفقیه وا لفقه الرضوی استناداً الی روایات قاصره السند و الدلاله کما سیاتی.

اما قوله تعالی الطلاق مرتان فامساک بمعروف او تسریح باحسان الی قوله تعالی فان طلقها فلا تحل له من بعد حتی تنکح زوجا غیره ـ فان اطلاقها محکم فیما اذا رجع بعد الطلاق او لم یراجع و المراد من الطلاق بعدهما انما هو الثالث.

فان قیل یمکنان یکون هو مراد ابن بکیر فعلیه الامساک بالمعروف فی الطلقتین الاولیتین فاذا کان الرجوع فعلیاً تحرم فی

الثالثه و الا فلا.

فانه يقال انه يلزم منه ان يكون التسريح بالاحسان ايضاً على وجه الفعليه، فيتهافت الكلام مضافا الى انه لو كان فى الطلقه الواحده تسريح باحسان بان لا يراجع حتى تنقضى العده فانه بناء على مذهبه يهدم ما سبق - و من السنه روايات.

منها صحيحه محمد بن مسلم و حماد بن عثمان عن الحلبى عن ابيعبدالله «عليه السلام» فى رجل طلق امراته ثم تركها حتى انقضت عدتها ثم تزوجها ثم طلقها من غير ان يدخل بها حتى فعل ذلک بها ثلاثا قال لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره.

و صحيحه عبدالله بن سنان عن ابى عبدالله قال، قال امير المؤمنين «عليه السلام» اذا اراد الرجل الطلاق طلقها فى قبل عدتها من غير جماع فانه اذا طلقها واحده ثم تركها حتى يخلوا جلها و بعده فهى عنده على تطليقه فان طلقها الثانيه و شاء ان يخطبها مع الخطاب ان كان تركها حتى خلابها اجلها وانشاء راجعها قبل ان ينقضى اجلها فان فعل فهى عنده على تطليقتين فان طلقها ثلثاً فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره و هى ترث و تورث ما دامت فى التطليقتين و الاوليتين و رواه فى الكافى كما تقدم.

و صحيحه ابى بصير عن ابى عبدالله فى المطلقه التطليقه الثالثه لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره و يذوق عسيلتها فان اطلاقها يشمل ما لو لم يكن رجوع فى البين.

و منها ما رواه ابن مسکان عن ابی بصیر عن ابیعبد الله ﴿علیه السلام﴾ قال سالته عن طلاق السنه فقال طلاق السنه اذا اراد الرجل ان یطلق امراته یدعها ان کان قد دخل بها حتی تحیض ثم تطهر فاذا طهرت طلقها واحده بشهاده شاهدین ثم یترکها حتی تعتد ثلاثه قروه فاذا مضی ثلاثه قروء فقد بانت منه بواحده و کان زوجها خاطباً من الخطاب ان شأت تزوجته و ان شأت لم تفعل فان تزوجها بمهر جدید کانت عنده علی اثنتین باقیتین و قد مضت الواحده فان هو طلقها واحده اخری علی طهر من غیر جماع بشهاده شاهدین ثم یترکها حتی تمضی اقرائها فاذا مضت اقرائها من قبل ان یراجعها فقد بانت منه باثنتین و ملکت امرها و حلت للازواج و کان زوجها خاطباً منا لخطاب انشأت تزوجته وان شأت لم تفعل فان هو زوجها تزویجا جدیداً بمهر جدید کانت معه بواحده باقیه و قد مضت ثنتان فان اراد ان یطلقها طلاقا لا تحل له حتی تنکح زوجاً غیره ترکها حتی اذا حاضت و طهرت اشهد علی طلاقها تطلیقه واحده ثم لا تحل له حتی تنکح زوجاً غیره الحدیث الی غیر ذلک من الروایات الوارده فی کیفیه طلاق السنه و غیره من الابواب.

و یدل علی قول ابن بکیر ما رواه عن زراره بن اعین عن ابی جعفر قال سمعته یقول الطلاق الذی یحبه الله و الذی یطلق علیه الفقیه و هو العدل بین المراه و الرجل ان یطلقها فی استقبال الطهر بشهاده شاهدین و اراده من القلب ثم یترکها حتی تمضی ثلثه قروء فاذا رات

الدم فی اول قطره من الثالثه وهو اخر القروء لان القراء هی الاطهار فقد بانت منه و هی املک بنفسها فان شائت زوجته و حلت له بلا زوج فان فعل هذا بها مائه مره هدم ما قبله وحلت له بلا زوج و ان راجعها قبل ان تملک نفسها ثم طلقها ثلاث مرات یراجعها و یطلقها لم تحل له الابزوج.

قال ابن سماعه و کان ابن بکیر یقول المطلقه اذا طلقها زوجها ثم ترکها حتی تبین ثم تزوجها فانما هی علی طلاق مستانف قال و ذکر الحسین بن هاشم انه سال عن ابن بکیر عنها فاجابه بهذا الجواب فقال له سمعت فی هذا شیئا قال روایه رفاعه قال ان رفاعه روی اذا دخل بینهما زوج فقال زوج و غیر زوج عندی سواء فقلت سمعت فی هذا شیئا قال لا هذا مما رزق الله من الرای قال ابن سماعه و لیس ناخذ بقول اب بکیر فان الروایه اذا کان بینهما زوج ـ و قال الشیخ قده لو کان سمع ابن بکیر عن زراره لکان یقول نعم روایه زراره و یجوز ان یکون اسند ذلک الی زراره نصره لمذهبه لما رای اصحابه لا یقبلون ما یقوله برای و قد وقع منه من اعتقاد الفطحیه ما هو اعظم من ذلک انتهی.

و عن الوسائل یحتمل ان یکون قوله فان فعل هذا بهذا ماه مره الی اخر الحدیث من کلام ابن بکیر فتوی منه، فلا حجه فیه اذ لیس من جمله الحدیث کما وقع ذلک من الشیخ و الصدوق و غیرهما کثیراً بقرنیه استدلاله بحدیث رفاعه لا بحدیث زراره کما مرو بقرنته

روایه الکینی لهذا الحدیث بهذا السند بعینه خالیاً من الحکم الاخیر کما یاتی و یحتمل ان یکون المرادبه نفی التحریم فی التاسعه موبداً و یکون الحکم باباحتها له بلا زوج مخصوصاً بالطلاق المتمم للمأه لانها فی الطلاق التاسع و التسعین لا تحل له حتی تنکح زوجاً غیره فیصدق انه اذا طلقها ماه مره حلت له بلا زوج یعنی فی الطلاق الاخر وفی اکثر المراتب لا فی کل طلاق انتهی.

و بالجمله قول ابن بکیر و من تبعه علی فرض تصدیق الفقیه ذلک (لا مجرد نقل الروایه) شاذه فلا به من ترکه و الاخذ بما اشتهر بین الاصحاب کما و هو ظاهر.

و یوید عدم وجد الروایه علی قول ابن بکیر ان ابن سماعه قال لیس ناخذ بقول ابن بکیر فلو کان فی البین روایه مذیلاًبما یوید قول ابن بکیر، لما رد علیه ذلک فالروایه المسلمه عندهم هو روایه رفاعه ففیها ایضا اذا کان بینهما زوج.

و یدل علیه ایضا ما رواه فی الکافی عن حمید بن زیاد عن عبید الله بن احمد عن ابن ابی عمیر عن ابن المغیره عن شعیب الحداد عن معلی بن خنیس عن ابی عبدالله ﴿علیه السلام﴾ فی رجل طلق امراته ثم لم یراجعها حتی حاضت ثلاث حیض ثم تزوجها ثم طلقها فترکها ترکها حتی حاضت ثلاث حیض قال له ان یتزوجها ابداً ما لم یراجع و یمس و کان ابن بکیر و اصحابه یقولون هذا فاخبرنی ابن المغیره قال قلت له من این قلت هذا قال فقال قلته من قبل روایه رفاعه و روی

عن ابی عبدالله ﴿عليه السلام﴾ انه يهدم ما مضى قال قلت له فان رفاعه انما قال طلقها ثم تزوجها رجل ثم طلقها ثم تزوجها الاول ان ذلک يهدم الطلاق الاول.

و الروايه صحيحه السند الا ان عبداله بن المغيره من اجلأ الاصحاب تردد فی الروايه کترديد الحسن بن محمد بن سماعه فی سابقها فهو ايضا مما يوجب الترديد فکانهم لم يقبلوا صحه الروايه لاجل کون المذهب معلوماً فی خلاف ابن بکير.

و منها صحيحه رفاعه عن ابی عبدالله ﴿عليه السلام﴾ قال سالته عن رجل طلق امراته حتى بانت منه و انقضت عدتها ثم تزوجت زوجاً اخر فطلقها ايضا ثم تزوجها زوجها الاول ايهدم ذلکا الطلاق الاول قال نعم قال ابن بکير يقول المطلقه اذا طلقها زوجها ثم ترکها حتى تبين عنه ثم تزوجها فانما هی على طلاق مستانف قال و ذکر الحسين بن هاشم انه سال ابن بکير عنها فاجابه بهذا الجواب فقال له سمعت فی هذا شيئا فقال روايه رفاعه فقال ان رفاعه روى اذا دخل بينهما زوج فقال زوج وغير زوج عندی سواء فقلت سمعت فی هذا شيئا فقال لا هذا مما رزق الله من الرای قال ابن سماعه و ليس ناخذ بقول ابن بکير فان الروايه اذا کان بينهما زوج.

و منه يظهر ايضا ان متمسک ابن بکير انما ه اجتهاده ولم يکن فی ذيل روايه زراره (و حلت له بلا زوج) و انما اضافها برايه و اجتهاده کما تقدم من روايه الکينی ذلک الحديث بدون الجمله المذکوره.

قال فی الوافی بعد ایراد خبر زراره هذا الخبر رده فی التهذیبین بالطعنن فی ابن بکیر و انه رواه نصره لمذهبه اقول کیف یطعن هو فی ابن بکیر و هو الذی و ثقه فی فهرسته و عده الکشی من فقهاء اصحابنا و ممن اجمعت العصابه علی تصحیح ما یصح عنه و الاقرار له بالفقه و لو کان مطعونا و لا سیما بمثل هذا لطعن المنکر لارتفع الوثوق عن کثیر من اخبارنا الذی هو فی طریقه و ایضاً مضمون هذه الروایه لیس منحصرا فیما رواه بل هو مما تکرر فی الاخبار و نقله غیر واحد من الرجال کما مضی و یاتی فالصواب ان یحمل احد الخبرین المتنافیین فی هذا الباب علی التقیه و کذا کلام ابن بکیر و نسبه قوله تاره إلی روایه رفاعه و اخری الی الرای فانه یحمل علی ضرب من التقیه.

و عن الصدوق فی الفقیه و متی طلقها طلاق السنه فجایز له ان یتزوجها بعد ذلک و سمی طلاق السنه طلاق الهدم منی استوفیت قروئها و تزوجها ثانیه هدم الطلاق الاول و کل طلاق خالف السنه فهو باطل انتهی.

فهو ایضا کالصریح فی مختار ابن بکیر و حمل کلامه علی الاجتهاد فی الرای فی غایه البعد بل هو استفاده الحکم من الروایه.

و فی الکافی عن محمد بن عبدالله عن معویه بن حکیم عن ابن المغیره قال سالت عبدالله بن بکیر عن رجل طلق امرائته واحده ثم ترکها حتی بانت منه ثم تزوجها قال هی معه کما کانت فی التزویج

قال قلت فان روایه رفاعه اذا کانت بینهما زوج فقال لی عبدالله هـذا زوج وهذا مما رزق الله من الرای و متی ما طلقها واحده فـبانت ثـم تزوجها زوج آخـر ثـم طـلقها زوجـها فـتزوجها الاول فـهی عـنده مستقبله کما کانت فقلت لعبد الله هذا بروایه من فقال هذا مما رزق الله من الرای.

قال معویته بن حکیم روی اصحابنا عن رفـاعه بـن مـوسی ان الزوج یهدم الطلاق الاول فان تزوجها فهی عنده مستقبله قـال ابـو عبدالله ﴿علیه السلام﴾ یهدم الثلث و لا یهدم الواحده و الاثنتین و روایه رفاعه عن ابی عبدالله ﴿علیه السلام﴾، هو الذی احتج به ابن بکیر انتهی ـ ص ۱۵۲ طلاق الوافی.

(فی اعتبار الدخول فی المحلل و دوام العقد)

هو الذی احتج به ابن بکیر انتهی -ص ١٥٣ طلاق الوافی.

و منها یظهر ایضا ان معویه بن حکیم کان متردداً فی قول ابن بکیر بل کان یقول مثل الاصحاب فهو کابن المغیره و ابن سماعه و الحسین بن هاشم و غیرهم من الرواه الاجلاء.

و نسب الی الفقه الرضوی قول ابن بکیر و نسب الیه فی الحدائق لکن العباره المحکیه عن الفقه الرضوی فی المستدرک هکذا و سمی طلاق السنه الهدم لانه متی استوفت قروئها و تزوجها الثانیه هدم الطلاق الاول و روی ان طلاق الهدم لا یکون الابزوج انتهی فهی کما تری لا تساعد ما نقل عنه بل هو متردد مضافا الی ضعف الکتاب.

و روی فیه عن احمد بن محمد بن عیسی فی نوادره عن النصر بن سوید عن عاصم بن حمید عن محمد بن قیس قال سمعت ابا جعفر

يقول من طلق ثلثا و لم يراجع حتى تبين فلا تحل له حتى تنكح زوجا غير الخبر ـ فهى من الروايات الصريحه فى خلاف ابن بكير.

ثم انه يشترط فى المحلل دوام العقد فلا تحل ان تزوجها متعه لخبر الصيقل قال سالت ابا عبدالله عن رجل طلق امراته ثلاثا لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره و تزوجها رجل متعه ايحل له ان ينكحها قال لا حتى تدخل فى مثل ما خرجت منه.

و صحيحه محمد بن مسلم عن احدهما قال سالته عن رجل طلق امراته ثلاثا ثم تمتع فيها رجل اخر هل تحل للاول قال لا.

و فى صحيحه هشام بن سالم عن الصادق فى رجل تزوج امراه ثم طلقها فبانت ثم تزوجها رجل اخر متعه هل تحل لزوجها الاول قال لاحتى تدخل فيما خرجت منه.

و عن عبدالله بن مسكان عن الحسن الصيقل عن ابى عبدالله قال قلت رجل طلق امراته طلاقا لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره فيتزوجها رجل متعته اتحل للاول قال لا لان الله يقول فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره فان طلقها، و المتعه ليس فيها طلاق و صحيحه الحلبى «عليه السلام» انه سئل عن الرجل، يطلق امراته على السنه فيتمتع منها رجل اتحل لزوجها الاول قال لا حتى تدخل فى مثل الذى خرجت منه الى غير ذلك من الروايات الصريحه فى اعتبار النكاح غبطه.

(و لابد فى المحلل من الدخول)

و لابد فى المحلل ايضا الدخول و لابد ان يكون بالغا و غير حضى.

و يدل على الاخير روايه محمد بن مضارب قال سألت الرضا عن الخصى يحلل قال لا يحلل.

و يدل على البلوغ روايه على بن الفضل الواسطى قال كتبت الى الرضا ﴿عليه السلام﴾ رجل طلق امراته الطلاق الذى لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره فتزوجها غلام لم يحتلم قال لا حتى يبلغ فكتبت اليه ماحد البلوغ فقال ما اوجب الله على المؤمنين الحدود.

و عن دائم الاسلام عن ابى عبدالله ﴿عليه السلام﴾ انه قال من طلق امراته ثلاثا فتزوجت محبوبا يعنى مصطلم الاحليل او غلاما لم يحتلم لم يجز للاول ان مات عنها او طلقها الثانى ان ينكحها حتى يتزوج من يحللها له على ما ينبغى.

و يدل على الدخول ايضا روايات:

منها صحيح زراره عن ابى جعفر فى حديث قال فاذا طلقها ثلاثا لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره فاذا تزوجها غيره و لم يدخل بـها وطلقها او مـات عـنها لم تـحل لزوجـها الاول حـتى يـذوق الاخـر عسيلتها.

و صـحيح محمد بن قيس قال سمعت ابا جعفر ﴿عليه السلام﴾ يقول مـن طلق امراته ثلاثا و لم يراجع حتى تبين فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره فاذا تزوجت زوجا و دخل بها حلت لزوجـها الاول و صـحيح زرعه عن سماعه قال سالته عن رجل طلق امراته فتزوجها رجل اخر و لم يصل اليها حتى طلقها تحل للاول قال لا حتى يذوق عسليتها.

و صحيح اسحق بن جبيرعن الصادق فى احديث انه سـئل عـن رجل طلق امراته فتزوجها رجل و لم يدخل بـها ثـم تـزوجها الزوج الاول قال فهى عنده على تطليقه ماضيه و بقيت اثنتان.

(فی معنی العسیله)

و عن دائم الاسلام روینا عن ابی عبدالله عن ابیه عن ابائه عن امیرالمؤمنین صلوات الله علیهم انه قال من طلق ثالثا علی ما ینبغی من الطلاق و لم تحل له حتی تنکح زوجا غیره فقیل له هل یحلها النکاح دون المسیس فاخرج زراعا اشعر فقال لا حتی یهزهابه.

و فیه عن ابی جعفر و ابی عبداله ﴿علیهما السلام﴾ انهما قال اذا طلق الرجل امراته ثلاثا للعده لم تحل له حتی تنکح زوجاً غیره و یذوق عسلیتها و تذوق عسلیته الی غیر ذلک من الروایات الوارده فی تلک المساق.

و المحکی عن ابن الاثیر انه قال لامراه رفاعه القریظی حتی تذوقی عسیلته ویذوق عسیلتک شبه لذت الجماع بذوق العسل فاستعار لها ذوقا و انما انث لانه اراد قطعه منا لعسل و قیل علی اعطائها معنی النطفه و قیل العسل یذکر و یونث فمن صغره مونثا

قال عسيلته كقويسه و شميسه و انما صغره اشاره الى القدر القليل الذي به الحل.

و يويد ذلك ما في عوالى اللئالى عن النبى ﴿صلى الله عليه وآله﴾ انه قال لزوجه رفاعه لما طلقها عبدالرحمن بن الزبير فقالت ان له هريه كهريه الثور اتريدين ان ترجعى الى رفاعه لا حتى تدوقين عسيلته و يذوق عسيلتك.

و عن السيد الرضى في المجازات النبويه عنه ﴿صلى الله عليه وآله﴾ قال و قد سئل عن رجل كانت تحتها مراه فطلقها ثلثا فتزوجت بعده رجلا فطلقها قبل ان يدخل بها هل تحل لزوجها الاول فقال لا حتى يكون الاخر قد ذاق عسيلتها و ذاقت من عسيلته قال رضى عنه هذه الاستعاره كانه كنى عن حلاوه الجماع بحلاوه العسل و كان مخبر الرجل و مخبر المراه كالعسله المستودعه في ظرفها فلا يصح الحكم عليها الا بعد الذواق منها و جاء باسم العسيله مصغراً لسر لطيف في هذا المعنى و هو انه اذا اراد فعل الجماع دفعه واحده و هوما تحل به المراه للزوج الاول فجعل ذلك بمنزله الذواق النائل من العسله من غير استكثار منها و لا معاوده لاكلها فاوقع التصغير على الاسم و هو في الحقيقه للفعل. ثم انه لا يفرق في المحلل بين الحر و العبد كما يدل عليه صحيحه اسحق بن عمار قال سالت ابا عبدالله ﴿عليه السلام﴾ عن رجل طلق امراته ثلاثا لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره فتزوجها عبد ثم طلقها هل يهدم الطلاق قال نعم لقول الله عز و جل في

كتابه حتی تنکح زوجاً غیره و قال هو احد الازواج و الروایات الوارده فی التعبیر عن المحلل بالزوج من دونتفصیل یدل علیه بالاطلاق.

و روی العیاشی صحیح اسحق بن عمار فی تفسیرهو عن دعائم الاسلام عن ابی عبدالله ﴿عليه السلام﴾ انه سئل عن رجل یطلق امراته ثلاثاً فتزوج عبدا ثم یطلقها هل تحل للاول قال نعم یقول الله عز و جل حتی تنکح زوجا غیره و العبد زوج.

ثم انه لا فرق فیما ذکر بین ان یکون المحلل حرا و عبد التواتر النصوص بذلک عن طرقنا وان العبره فی عدد الطلقات علی النساء دون الرجال فاذا استکلمت الامه طلقتین لم یتخلل بینهما نکاح رجل آخر حرمت عل یالمطلق حتی تنکح زوجا غیره ولو کانت تحت حر بلا خلاف و دعوی الاجماع بقسمیه علیه و النصوص متضافره بذلک (الا ان الشافعی جعل العبره بالزوج فان کان عبدا حرمت علیه بالطلقتین و ان کانت حره و کذلک المطلق ان کان حرا حرمت علیه بالثلاث و ان کانت الزوجه امه).

کما فی صحیحه حماد بن عیسی بن ابی عبدالله قال قلت له اذا کانت الحره تحت العبد کم طلاقها فقال قال علی ﴿عليه السلام﴾ الطلاق و العده بالنساء.

و صحیح محد بن مسلم عن ابی جعفر قال طلاق المراه اذا کانت عند مملوک ثلاث، تطلیقات و اذا کانت مملوکه تحت حر فتطلیقتان.

و صحيحه الحلبى عن ابى عبدالله قال طلاق، الحره اذا كانت تحت العبد ثلاث تطليقات و طلاق الامه اذا كانت تحت الحر تطليقتان.

و صحيح ابى بصير المرادى عنه قال طلاق الحره اذا كانت تحت عبد ثلاث تطليقات و طلاق الامه اذا،كانت تحتالحر تطليقتان.

و عن العيص بن القاسم قال ابن شبرمه قال الطلاق للرجل فقال ابو عبدالله «عليه السلام» الطلاق للنساء و تبيان ذلك ان العبد تكون تحته الحره فيكون تطليقها ثلاثا و يكون الحر تحته الامه فيكون، طلاقها تطليقتين.

و عن ابى اسامه عن ابى عبدالله قال، قال عمر على المنبر ما تقولون يا اصحاب محمد «صلى الله عليه وآله» فى تطليق، الامه فلم يجبه احد فقال ما تقول يا صاحب البرد المعافرى يعنى اميرالمؤمنين فاشار بيده تطليقتان، الى غير ذلك من الصحاح المستفيضه بل البالغه حد التواتر.

و عن الخلاف مسئله ١ كتاب الرجعه اعتبار الطلاق بالزوجه ان كانت حره فطلاقها ثلاث سواء كانت تحت حرا و عبدا و ان كانت امه فطلاقها اثنتان سواء كانت تحت حرا و عبد و به قال فى الصحابه على «عليه السلام» و فى الفقهاء ابو حنيفه و اصحابه وا لثورى.

و قال الشافعى الاعتبار بالزوج ان كان حرا فثلاث تطليقات و ان كان مملوكا فتطليقتان سواء كانت تحته حره او امه و به قال ابن عمر، و ابن عباس ومالك انتهى.

و اذا استكملت المطلقه تسعاً للعده ينكحها بينها رجلان حرمت على المطلق ابداً، قال فى الخلاف مسئله ١٠٠ نكاح - اذا طلقها تسع تطليقات للعده تزوجت فيما بينها زوجين لم تحل له ابداً و هو احدى الروايتين عن مالک و خالف جميع الفقهاء فى ذلک دلينا اجماع الفرقه و اخبارهم و طريقه الاحتياط.

و عن العلامه فى التحرير فان راجع فى العده وواقع و طلقها فى طهر آخر ثم راجعها فى العده و وطئها وطلقها فى طهر اخر كان طلاق العده و حرمت حتى تنكح زوجا غيره فاذا عادت اليه بعد فراق او موت و طلق ثلثا كالاول حرمت حتى تنكح غيره فاذا عادت بعد فراق او موت و طلق ثلثاً للعده حرمت ابداً فى التاسعه و لا يحرم من المطلقات موبدا غير هذا ولو تجرد هذا الطلاق عن الوطى او راجع بعد العده بعقد جديد لم يكن طلاق العده اما لو راجع فى المختلعه بعد رجوعها فى البذل و وطئها فالاقرب انه طلاق العده و لو تزوجها فى العده بعقد جديد فالوجه انه ليس طلاق عده.

و فى المختلف فى مسئله طلاق الحبلى و التحقيق فى هذا الباب ان نقول طلاق العده و السنه و انما يصير للسنه بترک الرجوع و ترک المواقعه و للعده بالرجعه فى العده و الماقعه فاذا طلقها لم يظهر انه للسنه او للعده الا بعد وضع الحمل انتهى.

و يدل عليه، صحيحه زراره و داود بن سرحان عن ابى عبدالله ﴿عليه السلام﴾ و ابن بكير عن اديم بياع الهروى عن ابى عبدالله انه قال

الملاعنه اذا لا عنها زوجهالم تحل له ابدا و الذى يتزوج المراه فى عدتها و هو يعلم لا تحل له ابداً والذى يطلق الطلاق الذى لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ثلاث مرات و تزوج ثلاث مرات لا تحل له ابدا و المحرم اذا تزوج و هو يعلم انه حرام عليه لم تحل له ابدا.

و اطلاق هذه الروايه و ان كان يشمل طلاق السنه هو الذى يقع التزويج بعد خروج العده ثلاث مرات الذى يحتاج الى المحلل خلاف الابن بكير ـ الا انه مقيد بالاجماع كما حكاه جماعه.

و يستفاد القيد ايضا من الروايه المرويه فى الخصال بسند لم ينقح عن موسى بن جعفر عن ابيه ﴿عليه السلام﴾ قال سئل ابو عبداله عما حرم الله عزوجل من الفروج فى القران و عما حرمه رسول الله ﴿صلى الله عليه وآله﴾ فى سنته فقال حرم ﴿صلى الله عليه وآله﴾ عزوجل اربعه و ثلثون وجها سبعه عشره فى القرآن و سبعه عشر فى السنه الى ان قال و تزويج الرجل امراته قد طلقها للعده تسع تطليقات ـ بناء على ان المراد من العده فيه هو ما ذكره المشهور و الا فمجال الخدشه فيها واسع فلعله يمكن ان يكون فى قبال البدعى حتى يشمل صوره السنه ايضا.

و قد يقال باستفاده القيد من مفهوم ما روى عن الفقه الرضوى ﴿عليه السلام﴾ فى سياق طلاق العده و ان طلقها ثلاثا واحده بعد واحده على ما وصفناه لك فقد بانت منه ولا تحل له حتى تنكح زوجا غيره فان تزوجها غيره وطلقها و اراد الاول ان يتزوجها فعل، فان طلقها ثلاث

تطليقات على ما وصفته واحده بعد واحده فقد بانت منه و تحل له بعد تسمع تطليقات ابدا و اعلم ان كل من طلق تسع تطليقات على ما وصفت لم تحل له ابداً - فقد صرح فيما قبله باعتبار الدخول فيكون بذلك مقيداً لاطلاق الروايه السابقه الا ان ضعف الروايه و عدم اعتناء الاصحاب به او جب طرف الكتاب و عدم الاعتماد عليها.

و طلاق العده على ما فسره جماعه وفاقا للعلامه فى يرو القواعد و المحقق فى الشرايع و غيرهم ان يطلق على الشرايط ثم يراجعها قبل خروجها من عدتها و يواقعها ثم يطلقها فى غير طهر المواقعه ثم يراجعها ويواقعها ثم يطلقها فى غير طهر المواقعه ثم يراجعها و يواقعها ثم يطلقها فى طهر اخر و هو الذى يظهر من صحيحه زراره عن ابى جعفر فى حديث و اما طلاق العده الذى قال الله عزوجل فطلقوهن لعد تهن و احصوا العده فاذا اراد الرجل منكم ان يطلق امراته طلاق العده فلينتظر بها حتى تحيض و تخرج من حيضها ثم يطلقها تطليقه من غير جماع بشهاده شاهدين عدلين و يراجعها من يومه ذلك ان احب او بعد ذلك بايام قبل ان تحيض و شيهد على رجعتها و يواقعها حتى تحيض فاذا حاضت و خرجت من حيضها طلقها تطليقه اخرى من غير جماع شيهد على ذلك ثم يراجعها ايضا متى شاء قبل ان تحيض و شيهد على رجعتها و يواقعها و تكون معه الى ان تحيض الحيضه الثالثه فاذا خرجت من حيضتها الثالثه طلقها التطليقه الثالثه بغير جماع و يشهد على ذلك فاذا فعل ذلك فقد بانت

منه و لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره قيل له و ان كانت ممن لا تحيض فقال مثل هذا تطلق طلاق السنه و غيرها و المعتبر فيها اعتبار الرجوع و المواقعه و عن بعضهم عدم اعتبار المواقعه ثانياً و الاقتصار على الرجعه.

و المحكى عن النهايه و جماعه ان الطلاق الواقع بعد المراجعه و المواقعه يوصف بكونه عدياوان لم يقع بعده رجوع و وقوع لكن الطلاق الثالث لا يوصف بكونه عديا الا اذا وقع بعد الرجوع و الوقوع فظاهر القولين الاولين اتصاف الطلاقين الاولين بالعدى دون الثالث لحصول شرائطه عليهما فيها من المراجعه و المواقعه معاً كما فى القول الاول و الاول خاصه كما فى الثانى و لا كذلك الطلاق الثالث لفقد الشرط فيه على القولين و ينعكس الامر على القول الثالث فيتصف الاخيران بالعدى دون الاول لوقوعها بعد المراجعه و المواقعه دونه لعدمهما قبله كما صرح بذلك كله بعض الاجله الساده ثم انه و ان احتاج الى المحلل فى كل ثالثه من غير فرق بين كون الطلاق عديا بهذا المعنى او سنياً اى وقع العقد عليها بعد خروج عدتها لكن الحكم فى المحرم الابدى لابدان يكون (بعد التوالى و احتياجه الى المحلل فى كل ثالثه فى البين) رجوع و مواقعه بعد كل طلقه فيكون الاثنين من الثلاث عديا لا الثالث لانه بائن و محتاج الى المحلل ففى الحقيقه يرجع الامر فى الحرمه الابديه الى ست طلقات عديه من بين التسع فالثلاثه فيها بائن و هو القدر المتيقن من الادله و

كلمات الاصحاب و يرجع فى غيرها الى القواعد الاخرمن اصاله الحل و غيره فاطلاق العدى على التسع اما ان يكون من باب الغلبه او المجاوره لان الثالثه من كل ثلثه لا يمكن فيه الرجوع و يحتاج الى المحلل كما تقدم من صحيحه زراره.

لكن المستفاد من ظاهر بعض الاخبار عدم الاحتياج فى المحرم الابدى الى العدى بل يتحقق بالسنى ايضا و منشاء الاختلاف اطلاق بعض الاخبار كما فى صحيحه زراره المتقدمه و الذى يطلق الطلاق الذى لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ثلاث مرات و تتزوج ثلاث مرات لا تحل له ابدا.

بتقريب ان الموضوع فى الطلقات المحرمه ابدا واحد الا ان الاول هو الثالث الثانيه هو التسع بضميمه ما دل على عدم الفرق بين الطلاق العدى و السنى فى الاحتياج الى المحلل فى كل ثالثه الا ما عن ابن بكير من عدم الاحتياج اليه فى السنى ابدا فالمتجه ح اماتخصيصهما معاً بالعديه كما هو صريح ابن بكير و اصحابه او الاكتفاء فيهما جميعاً بالسنى فالاكتفاء فى الاولى بالسنى و تخصيص الثانيه بالعدى مناف لظاهرها فهذا غايه التقريب فى هذه الروايه (فالفرق بين قول المشهور و قول ابن بكير فى الاحتياج الى المحلل فى كل ثالثه مطلقا سواء كانت الطلقات عديا او سنيا و عدمالاحتياج اليه اذا كانت الطلقات سنيا على قول ابن بكير و اما التحريم الابدى فلابد فيه من العدى و المحلل و الرجوعو المواقعه و

التوالى و الا فلا يوجب الحرمه الابديه).

و يرد عليه مضافا الى استفاده الحكم من الروايه بضم القرينه المسلمه الخارجيه فلعل الروايه مما يستند لقول ابن بكير فلا يمكن ضم مقدمه اليها حتى يستفاد منها خلاف ما عن ابن بكير ليتحد السياق فى كلا المقامين ان الروايه بصدد بيان المحرمات الابديه بنحو الاجمال بل هى بصدد بيان العد الاجمالى كما فى الملاعنه و التزويج فى العده و المحرم فمنها التزويج بعد الثالثه فانها ايضا تحرم ابدا حتى تنكح زوجا غيره و منها المزوجه ثلاث مرات بهذا الترتيب من غير نقل الروايه و غيرها على وجه تطابق مذهبه باجتهاده فلا يمكن الاعتماد عليها.

و منها خبر ابى بصير عن ابى عبدالله «عليه السلام» فى حديث قال سالته عن الذى يطلق ثم يراجع ثم يطلق ثم يراجع ثم يطلق فتلك التى لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره فيتزوجها زوجا رجل آخر فيطلقها على السنه ثم ترجع الى زوجها الاول فيطلقها ثلاث مرات و تنكح زوجا غيره فيطلقها ثلث مرات على السنه ثم تنكح فتلك التى لا تحل له ابدا و الملاعنه لا تحل له ابدا.

قال فى الوسائل المراد بالسنه هنا معناها الاعم و هو مخصوص بطلاق العده بقرنيه اوله لما تقدم فكانه فهم من صدرها خلاف قول ابن بكير حتى حمل السنه على المغى الاعم فلعل المراد من السنه فى الروايه هى فى قبال البدعى الذى يقول به العامه فلو كان المراد من

السنى هو المعنى الاخص المقابل للعدى بالمعنى الاخص يكون صريحاً فى عدم كفايه العدى بل يحرم فى التسعه السنيه فقط و هو خلاف الكل فلابد من رفع اليد عن ظاهره فيراد من السنى معناه الاعم فى قبال البدعى فيمكن ان يقيد بالعدى بقرنيه الروايات الاخر فلا يكون الروايه صريحه فى قبال المشهور الاعلى القول بالسنه بالمعنى الاخص فح تكون ساقطه عن الاعتبار بالمره.

و منها صحيحه جميل بن دراج عن ابى عبدالله ﴿عليه السلام﴾ قال ذا طلق الرجل المراه فتزوجت ثم طلقها فتزوجها الاول ثم طلقها فتزوجترجلا ثم طلقها فاذا طلقها على هذا ثلاثا لم تحل له ابدا و فى الوسائل هذا محمول على المطلقه تسعا للعده.

و يمكن ان يكون المراد من الروايه خصوصا بقرينه التصريح بقوله فاذا طلقها الخ ان المراد انه اذا طلق الرجل المراه ثلاثاً فاحتاجت الى المحلل فتزوجت ثم طلقها فتزوجها الاول ثم طلقها ثلاثا بالمراجعه و المواقعه فى الاثنتين لها فتزوجت رجلا ثم طلاقها هكذا ثلاثا فاذا طلقها هذا ثلاثا لم تحل له ابدا لكن استفاده القيود المذكوره من الروايات فى غايه الاشكال فلو و كل الامر الى ظاهرها يكون مخالفا للروايات الداله على الهدم بالزواج بعد كل طلاق.

بل يمكن ان يستدل على عدم الحرمه الابديه بالروايت الداله عليها كما فى روايه ابن ابى عمير عن عبداله بن المغيره عن شعيب الحداد عن معلى بن خنيس عن ابى عبدالله ﴿عليه السلام﴾ فى رجل طلق امراته ثم لم

يراجعها حتى حاضت ثلاث حيض ثم تزوجها ثم طلقها فتركها حتى حاضت ثلاث حيض ثم تزوجها ثم طلقها من غير ان يراجع ثم تركها حتى حاضت ثلاث حيض قال له ان يتزوجها ابدا ما لم يراجع و يمس.

لكنه يرد عليه بعد ضعف السند لعبيداله بن احمد الذى يروى عن ابن ابى عمير ظهورها فى مختار ابن بكير اللهم الا ان يقيد بالروايات الداله على الاحتياج الى المحلل فى كل ثالثه.

ثم الظاهر من الروايه عدم المراجعه و عدم المس معافلو راجع ولم يمس فلا يستفاد حكمه من الروايه.

لكنه يرد عليه بعد ضعف السند لعبيداله بن احمد الذى يروى عن ابى عمير ظهورها فى مختار ابن بكير اللهم الا ان يقيد بالروايات له على الاحتياج الى المحلل فى كل ثالثه.

ثم الظاهر من الروايه عدم المراجعه و عدم المس معافلو راجع يمس فلا يستفاد حكمه من الروايه.

فى الحرمه الابديه

و يمكن ان يستدل ايضا بموثقه ابن بكير عن زراره بن اعين عن ابى جعفر «عليه السلام» قال سمعته يقول الطلاق الذى يحبه الله و الذى يطلق الفقيه وهو العدل بين المراه وا لرجل ان يطلقها فى استقبال الطهر بشهاده شاهدين و اراده من القلب ثم يتركها حتى تمضى ثلثه قروء فاذا رات الدم فى اول قطره من الثالثه وهو اخر القروء (لان الاقراء هى الاطهار) فقد بانت منه وهى املك بنفسها فان شائت تزوجته و حلت له بلا زوج فان فعل هذا بها ماه مره هدم ما قبله و حلت بلا زوج.

بناء على ان التحليل بلا زوج من زياده ابن بكير باجتهاده لكن الروايه بعد اعراض المشهور عنها لا يمكن الاعتماد عليها، و القول بعدم خروج المعتبره عن الحجيه فى محلها لا ان هذه الروايه مما

اسقطها الاصحاب و قد عرفت ما عن الشهید و غیره فی هذا المضار فلا نعیده.

و من الاخبار ما رواه فی الفقیه باسناده عن محمد بن سنان عن الرضا ﴿علیه السلام﴾ فیما کتب الیه فی العلل و عله الطلاق ثلاثا لما فیه من المهله فیما بین الواحده الی الثلاث لرغبه تحدث اوسکون غضبه ان کان ویکون ذلک تخویفا وتادیبا للنساء و زجرا لهن عن معصیه ازواجهن فاستحقت المراه الفرقه المباینه لدخولها فیما لا ینبغی من معصیه زوجها وعله تحریم المراه بعد تسع تطلیقات فلا تحل له ابداً لئلا یتلاعب با لطلاق فلا یستضعف المراه و یکون ناظرا فی اموره مستضعف المراه معتبر او لیکون ذلک مویساً لها عن الاجتماع بعد تسع تطلیقات فلا تحل له ابدا لئلا یتلاعب بالطلاق فلا یستضعف المراه و یکون ناظرا فی اموره.

بناء علی حفظ ما کان محرما فی الثالثه الی التاسعه ایضا فیکون ما هو المحرم فی الثلاث و هو العدی و السنی محرما فی التاسعه ایضا.

و یرد علیه مضافا الی ضعف السند فان الروایه بصدد بیان عله التحریم فی الثالثه و التاسعه من دون نظر الی ان المحرم ما هو هل هوالطلاق العدی او السنی من دون نظر الی ذلک.

فی تحریم الملاعنه

السبب الخامس اللعان وهو سبب لتحریم الملاعنه تحریما موبدا و کذا قذف الزوجه الصماء و الخرساء بما یوجب اللعان لو لم یکن کذلک.

اما المسئله الاولی فانها مورد النص و الفتوی بشروطه المعتبره فی اللعان من الرامی بالزنا و ادعاء المشاهده و عدم البینه او نـفی الولد الجامع لشرائط الالحاق و تلک تنکر ذلک و تلزمهماح الملاغته و یامرا الحاکم علیهما بها فمع و قوعها یسقط عنها الحدای حد القذف و حد الزنا و انتقی الولد عنه و حرمت علیه موبدا و اما مع عدم ادعاء المشاهده او مع اقامه البینه فینتقی اللعان اجماعا لاشتراطـه بعدم الشهداء بنص الایه وهی.

قوله تعالی و الذین یـرمون ازواجـهم و لم یکـن لهـم شـهداء الا

انفسهم فشهاده احدهم اربع شهادات بـالله انـه لمـن الصـادقين و الخامسه ان لعنت الله عليه ان كان من الكاذبين و يدرؤ عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين و الخامسته ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين ـ سوره النور، ايه ۶ الى ۹.

الا انه قال فى الخلاف انه لو كان للقاذف بـينته فـعدل عـنها الى اللعان يصح و منع ذلک فى المبسوط التفاتاً الى عدم البينه فى الايه و عن المحقق فى الشرايع وهو الاشبه.

و قوى جواز اللعان مع البينته فى المختلف و نسب الشيخ ذلک الى كافه اهل العلم حيث قال مسئله ۳ الخلاف اذا كان مـع الزوج بـينته كان له ان يلاعن ايضا و يعدل عن البينته وبه قال كافه اهل العلم و قال بعضهم لا يجوزان يلاعن مع القدره على البينه لشرط الايه دليلنا ان النبى لاعن بين العجلانى و زوجته و لم يسئل هل لهما البينته ام لا فكانه حمل عدم البينه فى الايه و اردا مورد الغالب كما اعـترف بـه العلامه فى المختلف.

فكيف كان فيدل على التحريم الموبد فى الباب روايات.

منها صحيحه عبدالرحمن الحجاج قال ان عباد البصرى سال ابا عبدالله و انا عنده حاضر كيف يلاعنالرجل المراه فقال ان رجلا مـن المسلمين اتى رسول الله الى ان قال فى اخر الحديث قال ففرق بينهما وقال لهما لا تجتمعا بنكاح ابدا بعد ما تلاعنتما.

و فى صحيح البزنطى عن الرضا ﴿عليه السلام﴾ و لم ترجع اليه امراته و

فی صحیحه زراره ثم لا تحل له الی یوم القیمه.

و فی صحیح الفضل قال ساته عن رجل افتری علی امراته قال یلاعنها فان ابی ان یلاعنها جلد الحد وردت الیه امراته وان لاعنها فرق بینهما و لم تحل له الی یوم القیمه الحدیث.

و عن علی بن الحسین المرتضی فی رساله المحکم و المتشابه نقلا عن تفسیر العمانی عن علی قال ان رسول الله لما رجع عن غزات تبوک الی ان قال فقال لهما رسول الله اذهبا فلم یحل لک و لم تحلی لک ابدا.

و صحیح الحلبی عن ابی عبداله ﴿علیه السلام﴾ انه سئل عن الرجل یقذف امراته قال یلاعنها ثم یفرق بینهما فلا تحل له ابدا.

و فی روایه ابی بصیر عن ابی عبدالله ﴿علیه السلام﴾ فی حدیث قال و الملاعنه لا تحل له ابدا.

و عن الصدوق فی العلل عن علی بن حاتم عن القاسم بن محمد عن حمدان بن الحسین بن الحسین بن الولید عن مروان بن دینار قال قلت لابی الحسن موسی بن جعفر لای عله لا تحل الملاعنه لزوجها الذی لاعنها ابدا قال لتصدیق الایمان لقولهما بالله.

و اما لمسئله الثانیه وهی قذف لزوجه الصماء و الخرساء بما یوجب اللعان فللاجماع بقسمیه علی اصل المسئله وهو قذف الزوجه الصماء الخرساء لانتفاء شرط اللعان فیها.

ففی الخلاف اذا قذف زوجته وهی خرساء او صماء فرق بینهما و

لم تحل له ابدا.

و قال الشافعى ان كان للخرساء اشاره معقوله اوكتابه مفهومه فهى كالناطقه سواء وان لم يكن لها ذلك فهى بمنزله المجنونه دليلنا اجماع الفرقه و اخبارهم فانهم لا يختلفون فى ذلك.

انما الكلام فى اعتبار الوصفين معا كما يظهر عن بعض الاخبار او كفايه احدهما كما عبر به المشهور فى كلماتهم و منهم الشيخ فى الخلاف و ادعى الاكثر باحد الامرين كما فى الحدائق.

فمن الروايات صحيح ابى بصير قال سئل ابوعبدالله ﴿عليه السلام﴾ عن رجل قذف امراته بالزناء و هى خرساء صماء لا تسمع ما قال، قال ان كان لها بينه فشهدا عند الامام جلد الحد و فرق بينهما ثم لا تحل له ابدا و ان لم تكن لها بينه فيه حرام عليه ما اقام معها و لا اثم عليها منه.

قال فى الوافى ان كان لها بينه يعنى على انه قذفها و فى التهذيب خرساء او صماء ـ و رواه فى حدود الفقيه بدون (او) ـ قال فى المسالك ان هذه الروايه دلت على العتبار الصم و الخرس معاو بذلك عبر جماعه و اكتفى اكثر الاصحاب باحد الامرين و هو موجود فى هذه النسخه فى التهذيب بلفظ (او) فى النسخه التى عندنا و فى الكافى بحذفها كما ذكرناه و يوكد الاكتفاء باحدهما تعليق الحكم بالخرساء وحدها فى روايتين، انتهى.

و فى لعان التحرير و لو قذف زوجته الصماء و الخرساء حرمتا

علیه ابدا و لا لعان.

لکن فی نکاح التحریر ما لفظه من لاعن امراته حرمت علیه ابدا و کذا لو قذف زوجته الصماء و الخرساء بما لا یوجب اللعان لولا المانع لم تحرم علیه و کذا لو قذف غیرهما من النساء سواء کانت ذات عیب اولا و لو کانت صماء بغیر خرس فقذفها بما یوجب اللعان حرمت ابداً علی اشکال.

و الوجه فی اشکال عدم التعرض لحکمها فی الروایات فانها انما تعرضت للصماء الخرساء کما تقدم او الخرساء هی الخرساء الصماء کما هو الغالب فان الخرس انما هومن جهته الصمم من دوننقص فی اللسان، و قدره التکلم، فلا یستفاد حکم الخرساء التی لیست بصماء منا لروایات فلابد من الاستشکال فی کلتا الصورتین و القدر المسلم دخوله فی الادله انما هی الخرساء الصماء.

و منها صحیحه محمد بن مسلم عن ابی‌عبدالله ﴿علیه السلام﴾ فی رجل قذف امراته وهی خرساء قال یفرق بینهما.

ومنها روایه محمد بن مروان عنه فی المراه الخرساء کیف یلاعنها زوجها قال یفرق بینهما و لا تحل له ابدا.

و رواه الشیخ باسناده عن محمد بن یعقوب و باسناده عن الصفار عن محمد بن الحسین عن احمد بن محمد بن ابی نصر مثله الا انه قال فی المراه الخرساء یقذفها زوجها و بعد محمد بن ابی نصر ابو جمیله عن محمد بن مروان فلا یکون الروایه بهذا السند

ايضا من الصحاح.

ففى معقد اجماع الغنيته ومحكى السرائر الاكتفا باحدهما لكن استفاده حكم كل واحد منهما بالقاء الخصوصيه مشكل فان الروايه انما تعرضت لحكم الخرساء بناء على اراده عنوان الخرس و تعلق الحكم به (لاعلى كون المراد من الخرس هو الذى يلزم من الصمم غالبا) و اما الصماء فليس لها روايه صريحه الا ما رواه ابو بصير بناء على نسخه (او) الذى لم يثبت عندنا فيبقى على اصاله الحل و عموماته اللهم الا ان يقال انه اذا ثبت سببيه الخرس فى الحكم وحده استلزم ذلک ثوبت الصمم وحده ايضا بعد فرض ظهور الخبر فى مدخليته فى الحكم اذ احتمال الاطلاق فى سببيه الخرس و تقييد سببيه الصمم به لا يرجع الى محصل.

و هى كما ترى مجرد استحسان من دون انطباقه على القواعد الا ان ان يتمسک بذيل اجماع الغنيه والسرائر و هوا يضا محل تامل اذهما من المتاخرين واجتهادهما من نوع الاجتهاد بين المتاخرين واحتمال ذلک ايضا يوهن التمسک بالاجماع.

ويحتمل ان يكون نقل الشيخ فى التهذيب الروايه بلفظ (او) لجهته تاييد مذهب استاده حيث ذكر فى المقنعه ذلک بلفظ (او) فاورد الشيخ هذه الروايه دليلا له بهذا اللفظ مع انه اوردها فى فى باب اللعان كما فى الكافى بغير لفظ (او) وكذا نقله عنه السيدا لسندفى شرح النافع.

وفى الفقيه اذاقذف الرجل امراته وهى خرساء فرق بينهما وفى المقنع واذا قذف الرجل امراته و هى خرساء فرق بينهما انتهى.

فمع ان الصدوق مقيد كابيه با لافتاء غالبا بمضمون الروايات كيف لم يفت بيضمون روايه ابى بصير الوارده فى الكافى فكان النسخه ايضا عنده (او) الاانه اختارالخرساء لتعرضها فى الروايات غالبا دونها والله اعلم.

وفى الجواهر ربما يقوى فى النفس الاختلاف المزبور فى النصوص للتلازم بين الخرس الخلقى والصمم و منه ينقدح تخصيص موضوع هذا الحكم المخالف للاصول بذلك، انتهى.

فلولا الاجماع لكان المصيراليه متيقنا لكن كلمات الاصحاب تعرضت للخرساء مستقلا من دون تعرض للاستلزام.

وعن دعائم الاسلام عن اميرالمؤمنين قال الخرساء والاخرس ليس بينهما لعان لان اللعان لايكون الا باللسان قال ابو عبدالله ﴿عليه السلام﴾ اذا قذف الرجل امراته و هى خرساء فرق بينهما.

وعن الجعفريات اخبرنا عبدالله اخبرنا محمد حدثنى موسى قال حدثنا ابى عن ربيعه عن جده جعفر بن محمد عن ابيه عن جده على بن الحسين عن ابيه عن على ﴿عليه السلام﴾ قال خمس من النساء ليس بينهن وبين ازواجهن لعان الى ان قال والخرساء والاخرس ليس بينهما لعان لان العان لايكون الاباللسان. فعلى الروايتين يمكن ان يكون للصماء لعان اذا كان له لسان فتخرج عن مورد الروايات

فيمكن ان يكون تعرض الاصحاب للخرساء من جهته عدم اللسان لها سواء كان معه الصمم اولم يكن فحكم بالتفريق بمجرد القذف بخلاف الصماء وحدها.

ثم الكلام فى الخرس العارضى بقطع اللسان و ونحوه و كذلك الصمم ففى ثبوت الحكم فيهما من جهته اطلاق الروايات وكلمات الاصحاب ومن كون موردهما هوا لذاتى منهما فيرجع الى عمومات اللعان فى غير هما.

ويويدا لاول الروايه الداله بان اللعان انما يكون باللسان فمع عدمه لالعان فيثبت القذف وهذا كما ترى تخمين بل هوا شبه، بالرجم بالغيب.

نعم عدم تعرض الاصحات له مع اطلاق كلماتهم يوجب الاطمينان بعدم الفرق بين الذاتى والعرضى منهما.

ثم انه لونفى ولدها على وجه يثبت اللعان به لوكانت مؤفه ففى ثبوت اللعان بالاشاره او تحريمها بمجرد القذف قيل فيه وجهان من مساواته للقذف فى التحريم الموبد فى اللعان فيساويه فى المعلول الاخروهوكونه محرماًبدون اللعان فى الصماء واخرساء فكما ان القذف غير موجب لللعان فى الصماء والخرساء فكذلك نفى الوالد فيهما فهما متعاكسان.

ودعوى الشيخ فى الخلاف ايضا على انه لالعان للصماء و الخرساء وجه العدم عموم الايه المتناول لكل زوجه خرج منه

قذفهما بالنص و الاجماع فیبقی الباقی داخلا فی عموم الحکم باللعان و توقف التحریم علیه ولایلوم من مساواه نفی القذف فی حکم مساواته فی غیره لان الاسباب متوقفه علی النص والاجماع انما نقل علی عدم لعا نهما فی القذف لامطلقا حتی یشمل صوره النفی ایضا.

والشیخ ایضا صرح بعدم اللعان فی القذف فیهما لامطلقا کما قد عرفت سابقا من نقل کلامه والروایات الوارده انما هی بسدد بیان حکم القذف سئوا لا وجوابا بل فی الروایه الاخیره ایضا فی المراه الخرساء یقذفها زوجها علی طبق الوسائل الاانه لم یشرالی اختلاف النسخه فی الوافی فراجع.

قال فی الریاض بعد الاشاره الی الوجهین اوجههما العدم اقتصارا فیما خالف الاصل علی مورد الوفاق والنص ولیس فی الاجماع المحکی عن الشیخ علی نفی اللعان فی الخرساء والصماء دلا له علیه لاختصاصه بالقذف ومع ذلک فلا تلازم بین السقوط وثبوت التحریم انتهی فانه قدس سره ایضا استفاد من النص والاجماع الاختصاص.

فالعجب من صاحب الجواهر حیث حکم باتحاد المسئلتین وان الحکم ثابت علی سببی اللعان وهوا لقذف وانکار الولد وهذا معنی قوله کیف یلاعنها ای اذا حمل سبب اللعان فی غیرها معها کیف یلاعنها.

فیرد علیه مضافا الی ان احدی النسختین یقذفها زوجها والقذف

انما هو نسبه الزنا اليها فى المقام وانكار الولد عرفا غير القذف نعم هو مسبب عن الزنا فالحكم تعلق فى احدهما على السبب واخرى على المسبب فلا يرتضعان من ثدى واحدو مورد السئوال انما هوالقذف فى الروايات السابقه.

ومما يدل على كون نفى الولد انما هو و لاجل الزنا دون مجرد الشبهه ما صرح به العلامه فى لعان التحرير مسئله ٥ ان انكار الولد للشبهه لايرجب اللعان و ان انتقى الولد، وكذا صرح ايضا فى كيفيه اللعان انه يشترط فى كل شهاده من الاربع ان بقرل اشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا، و ان نفى الولد زادوان هذا الولد من الزنا و ليس منى و لوا قتصر على احدهما لم يجز.

وفى حاشيه الاقا جمال عند قول المصنف اذا لاعن الرجل سقط عنه الحد ووجب على المراه لان لعانه حجه كالبينه فاذا اقرت بالزنا اولم تقرولكن نكلت عن اللعلن وجب عليها الحدالخ ما لفظه اى حد القذف الذى يثبت عليه بسبب رميها بالزنا اونفى الولد بناء على كونه ايضا قذفا كما صرحوا به فى بحث القذف حيث عدوا منه ان قال لولده الذى اقربه لست بولدى.

وقال الشارح فى هذا الشرح هناک ولولم يكن قدا قربه ولكنه لاحق به شرعا بدون الاقرار فكذلک لكن له دفع الحد باللعان بخلاف المقر به فانه لاينتفى مطلقا.

ولايخفى انه فى الحكم بكونه قذفا باحد القيدين تامل لاحتمال

الشبهه کما اعترف به الشارح هنا فی الرد علی ما نقله من التحریر نعم لوثبت اجماع علی الحدفیهما اودلیل اخر فیمکن ان یکون حکمه حکم القذف ویحمل کلامهم علیه اکن الشارح ره حکم بکونه من الفاظ القذف الصریح لغه وعرفا فیثبت به الحد لامه.

ولایخفی ما فیه مع تجویزه الاحتمال المذکور ـ والحق ان یقال انه اذا ارادالشبهه او احتمالها او احتمال جذب الرحم فلاوجه لثبوت الحد علیه ولم یثبت اجماع اوشهره بنفی الولد من دون نسبته الی الزنا مع احتمال کونه منه وادله الفراش محکمه فی المقام ومن المعلوم ان مجرد نفی الولد لایوجب القذف ولانسبته الزنا الی الزوجه بل اذا ادعی جذب الرحم اوالشبهه فی بعض الاحیان فقد تعترف بذلک فلیس فیها عارو لاتهمته اصلا فان التهمته انما هی فی الزنا دون الشبهه والجذب واما وجوب الحد علیها ففی صوره رمیها بالزنا و نکولها عن اللعان مما لااشکال فیه و اما مجرد نفی الولد ففیه الاشکال فان لعان الرجل لایفید الانفی الولد لاالزنا لاحتمال الشبهه ودرء الحد بالشبهات وبناء الحدود علی التخفیف.

ومن الواضح ایضا انه فی صوره الشبهه لاداعی للزوجه علی اللعان اذا لایثبت حد علیها حتی تسقط باللعان و انتفاء الولدا یضا لاداعی لها حتی یثبته بلعا نها حتی یحرم من الارث بل تکذیبها له فی نفیه باعث لها علی عدم اللعان لئلا ینتفی فمع انتقاء لعان الزوجه لا فائده فی لعان الزوج لان الاحکام تترتب علی لعانهما معا الاان تلاعن

الزوجه لمجرد اظهار كذبه او لدفع سوء الظن بها اودفع اتهام الناس عنها اولدفع العار الذى يلزمها حتى من الشبهه فى بعض الاحيان واثبات جواز اللعان فى امثال المقام دونها خرط القتاد.

ويويد ما ذكرناه ما عن الصدوق فى الهدايه اذا قذف الرجل امراته ضرب ثما نين جلده ولايكون اللعان الابنفى الولد فاذا قال الرحل لامراته انى رايت رجلا بين فخذ يک يجا معک وينكر ولدها فحينذا لحكم فيه ان يشهدا لرحل اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين الخ - وقد صرح بذلک فى الفقيه ايضا بقوله ولا يكون اللعان الابنفى الولد واذا قذف الوجل امراته ولم ينتف من ولدها جلد ثما تين جلده.

فان رمى امراته بالفجور وقال انى رايت بين رجليها رجلا يجا معها وانكر ولدها فان اقام عليها بذلک اربعه شهود عدول رجمت الخ.

وفى المقنع واذا قذف الرجل امراته لاعنها و فرق بينهما ولم تحل له ابدا وان كذب نفسه قبل ان يلاعنها جلدا لحدوام يفرق بينهما والزم الولد انتهى.

لكن فى المختلف فى باب حدالقذف المشهور ان اللعان يثبت بامرين القذف و نفى الولد و قال الصدوق اذا قذف امراته ضرب ثمانين جلده فان قذفها و انكر ولدها لاعنها وفرق بينهما ولم تحل له ابداً وان اكذب نفسه قبل ان يلاعنها جلدا لحد ولم يفرق بينهما والزم الولد واللعان لايكون الابنفى الولد - والغرض من نقل كلمات

الاصحاب اثبات ان فی نفی الولد الموجب للعان تهمته ونسبته الی الزنا لان مجرد نفی الولد موجب للعان ولوکان لاجل الشبهه وغیرها وان کان سبب اللعان هو القذف ایضا تبعاً للمشهور فی ذلک دون الصدوق، فظهر من جمیع ما ذکرنا ام اللعان انما هو فی صوره العلم بعدم کون الولد منه بل من الزنا ففی صوره الشبهه یکون ادله الفراش محکه.

کما ان فی المتعه لایکون لعان ولایمکن نفی الولد بمجرد الشبهه الی غیر ذلک من الاحکام الاتیه فی ابواب المتعه وغیرها.

السبب السادس من اسباب التحریم الکفروالنظر فیه یستدعی بیان مقاصد الاول لایجوز للمسلم نکاح غیر الکتابیه اجماعا و فی تحریم الکتابیه من الیهود والنصاری روایتان اشهر هما المنع فی النکاح الدائم والجواز فی الموجل وملک الیمین وکذاحکم المجوس علی اشبه الروایتین.

فهنا مسائل الاولی فی عدم جواز نکاح المسلم غیر الکتابیه قال فی الخلاف مسئله ۸۴ النکاح ٥ المحصلون من اصحابنا یقولون لایحل اصحاب الحدیث من اصحابنا یجوز ذلک واجاز جمیع الفقهاء التزویج بالکتابیات و هو المروی عن عمر و عثمان و طلحه وحذیفه و جابر وروی ان عماراًنکح نصرانیه و نکح طلحه نصرانیه ونکح

حذیفه یهودیه وروی عن ابن عمرکراهیه ذلک و الیه ذهب الشافعی دلیلنا قوله تعالی ولاتنکحوا المشرکات حتی یؤ من و قوله سبحانه ولاتمسکوا بعصم الکوافر وذلک عام.

فان قیل قوله تعالی ولاتنکحوا المشرکات لایتناول الکتابیات قیل له ان هذا غلط لغه وشرعا قال الله‌تعالی وقالت الیهود عزیر ابن الله‌وقالت النصاری المسیح ابن الله‌الی قوله سبحانه وتعالی عما یشرکون فسما هم مشرکین واما اللغه فان لفظ المشرک مشتق من الاشراک الخ.

فا المسئله الاولی یدل علی هذه المسئله انتهی قال ابن رشد فی البدایه ما لفظه والفقوا علی انه لایجوز للمسلم ان ینکح الوثنیه لقوله تعالی (ولاتمسوا بعصم الکوافر)

والغرض من نقل کلامه قده اثبات ان المسئله لیست اجماعیه فلذا لم یستدل باجماع الفرقه والمشرکات هن عبده الاوثان وکذا المشرکین واهل الکتاب فی القرآن فی قبال المشرکین وقد بین حکم المشرکین بقوله تعالی ان الله بری من المشرکین ورسوله وکذا قوله تعالی الاالذین عاهدتم من المشرکین و قوله تعالی فاقتلو المشرکین حیث وجد تموهم و قوله تعالی و ان احد من المشرکین استجارک فاجره وقوله تعالی کیف یکون للمشرکین عهد عندالله و رسوله الاالذین عاهدتم الی غیر ذلک من الایات الصریحه فی انهم غیر الیهود و النصاری ، قال فی الخلاف مسئله ۱۱۵ کل من خالف

الاسلام لاتحل مناكحته ولااكل ذبيحته سواء كان كتابياً او غير كتابی علی ما تقدم القول فیه والمولود بینهما حکمه حکمهما وقال الفقهاء باجمعهم ان كانا كتابيين يجوز ذلک وانكانت الام كتابيه والاب غير كتابى قال الشافعى لاتحل ذبيحته قرلا واحداً وانكان الاب كتابياً والام غير كتابيه ففيها قولان وحكم النكاح حكم الذبيحه سواء وقال ابوحنيفه يجوز ذلک على كل حال دليلنا ما قد مناه من انه لايجوز العقد على من خالف الاسلام فهذا الفرع يسقط عنا.

وقال فی مسئله ۸۵ خلاف لایجوز منا كحه المجوس بلاخلاف الاابا ثور فانه قال تحل منا كحتهم وغلطه اصحاب الشافعی وقال ابواسحق هذه مبنيه على قولين هل هم اهل الكتاب ام لافان قلناهم اهل الكتاب وهو قول علی علیه السلام جا زمنا كحتهم وان قلنا ليسوا اهل الكتاب لم تحل قال ابوحامد الاسفراینی وهذا غلط جدا دليلنا اناقد بينا ان جميع من خالف الاسلام لاتجوز منا كحته فهذا الفرع ساقط عنا وما دللنا به فى المسئله الاولى يدل على هذه المسئله انتهى.

قال ابن رشد فی البدایه ما لفظه واتفقوا على انه لا يجوز للمسلم ان ينكح الوثنيه لقوله تعالى (ولاتمسكوا بعصم الكوافر) واختلفوا فی نكاحها بالملک واتفقوا على انه يجوزان ينكح الكتابيه الحره الاماروی فی ذلک عن ابن عمر انتهى.

قال فی مجمع البیان وغیره ان سبب نزول الایه قضیه مرثدبن

ابی مرثد الغنوی بعثه رسول الله الی مکه لیخرج منها ناسا من المسلمین وکان قویا شجاعاً فدعته امراه یقال لها عناق الی نفسها فابی وکانت خله فی الجاهلیه فقالت هل لک ان تتزوج بی فقال حتی استاذن رسول الله فلما رجع استاذن فی التزویج بها فنزلت الایه.

وعن بعضم ایضا انه لایقع اسم المشرکات علی اهل الکتاب وقد فصل بینهما فقال لم یکن الذین کفروا من اهل الکتاب والمشرکین وما یودالذین کفروا من اهل کتاب ولاالمشرکین وعطف احدهما علی الاخر ینادی بالافتراق فمن العجب ما عن مجمع البیان ان الشرک یطلق علی جمیع الکفارومن حجد نبوه نبینا فقدا نکرمعجزه واضافه الی غیر الله وهذا هوالشرک بعینه لان المعجز بشهاده من الله بالنبوه انتهی.

فمن الواضح ان جرد الانکار والجحد لایستلزم الشرک فان الملحدین ینکرون جمیع الادیان مع عدم کونهم مشرکین.

ومجرد اضافه المعجزه الی غیر الله لیس شرکا لالغه ولا اصطلاحا لاشرعاً واما قوله تعالی فلا تمسکو بعصم الکوافر ـ فان المرادمنهم ایضا هوا لمشرکین فان صدر الایه فی سوره الممتحنه ینادی جهاراً بان المراد من الکوافر هوا لمشرکین خاصته بقوله یاایها لذین آمنوا ذاجاء کم المومنات مهاجرات فا متحنوهن الله اعلم بایمنهن فان علمتموهن مؤمنات فلاترجعوهن الی الکفارلاهن حل لهم ولاهم یحلون لهن واتوهم ما انفقوا ولاجناح علیکم ان تنکحوهن

اذا اتیتمو هن مؤمنات فلاترجعوهن الی الکفار لاهن حل لهم ولاهم یحلون لهن واتوهم ما انفقوا ولاجناح علیکم ان تنکحو هن اذا اتیتمو هن اجورهن ولاتمسکوا تعصم الکوافر الایه فان الایه من الصدر الی الذیل بصدد بیان حکم مشرکی مکه فان رسول الله ﴿صلی الله علیه وآله﴾ صالح فی الحدیبیته مشرکی مکه علی ان من اتاه من اهل مکه رده علیهم و من اتی اهل مکه من اصحاب رسول الله فهولهم ولم یردوه علیه وکتبوه بذلک کتالا وختموا علیه فجائت سبیعه بنت الحارث الاسلمیه مسلمه بعد الفراغ من الکتاب والنبی بالحدیبیه فا قبل زو جها مسافر من بنی مخزوم و قال مقاتل هو صیف بن الراهب فی طلبها وکان کافر ا فقال یا محمدا ردد علی امراتی فانک قد شرطت لنا ان ترد علینا من اتاک منا وهذه طینه الکتاب لم تجف بعد فنزلت الایه الی اخر ما بقله فی مجمع البیان فالایه مختصه بعابده الوثن لنزواها بسبهن و لا اعتلالا بعموم اللفظ کما لایخفی.

واما قوله تعالی تعالی الله عما یشرکون فان الظاهرانها غیر راجعه الی الایه السابقه بل هی راجعه الی الایه التی تلیها وهی قوله تعالی -اتخذوا احبارهم ورهبانهم اربابا من دون الله والمسیح الن مریم و ما امروا لا لیعبدوا الها واحداً لااله الاهو سبحانه عما یشرکون و من المعلوم انها غیر الشرک الاصطلاحی فانها من مراتب الشرک الخفی کما فی بعض فرق المسلمین مع عدم کونهم مشرکین بالمعنی المعروف.

ومن الواضح ان الايه تدل على جواز نكاح المحصنات المؤمنات والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم اذا اتيتموهن اجورهن محصنين غير مصافحين الايه والمراد من الاجرهوا لمهر كما صرح به فى مجمع البيان وهو عوض الاستمتاع بهن كما عن ابن عباس وغيره فى سوره المائده فى قوله تعالى (اذا اتيتموهن اجورهن) اذا اعطيتموهن مهور هن التى يستحل بها فروجهن لانهن با لاسلام قد بن من ازا جهن كما فى سوره الممتحنه فاختصاص الايه بالمتعه بقرنيه اجورهن فى غايه البعد مضافا الى عود الضمير بكلتا الفرقتين وهما المؤمنات والمحصنات من اهل الكتاب والمحصنات خصوصا اذا اكن ابكاراًوعفايف يابين عن نكاح المتعه فالحمل عليها حمل على النادر من غير دليل والامر باتيان اجرهن اعطائه عليهن لاجل انهم كانوا ياكلونه ولايدفعونه الى الازواج بل يجعلونه مهر الزوجه الجديده كما يدل عليه قوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج واتيتم احديهن قنطاراً فلاباخذوا منه شيئا تاخذونه بهتاناًواثما مبينا قيل كان الرجل اذا ارادجديده بهت الى تحته بفاحشه حتى يلجئها الى الافتداه منه بما اعطاها ليصرفه فى تزوج الجديده فنهوا عن ذلك والمستفاد من جميع ماذكرناه هو عدم جوازتزويج الوثنيه والمشركين والمشركات سواء كان على وجه الدوام اوالمتعه وسواء كان بملك اليمين ام لاعلى اشكال فى البعض كما سياتى.

المسئله الثانیه فی نکاح الکتابیه فقدا ختلف کلماتهم واقوالهم فی ذلک منتشره فبین مجوزله مطلقا کما عن الصدوقین والعمانی وتبعهم علی ذلک المتاخرین منهم صاحب الجواهر و مال الیه فی المسالک وسبطه السیدالسند فی شرح النافع وغیره وبین محرم له مطلقا کما عن المرتضی والحلی واحدقولی الشیخین.قال فی الخلاف ۱۱۵نکاح ، کل من خالف الاسلام لاتحل مناکحته ولااکل ذبیحته سواکان کتابیا او غیر کتابی علی ما تقدم القول فیه (وقد تقدم نقل مسئله ۸۴نکاح فراجع).

وفصل ثالث بالدوام فقال بالحرمه وبالمتعه وملک الیمین فقال بالجواز کما عن ابی الصلاح وسلار واکثر المتاخرین.

واخری تالاختیار فیحرم والاضطرار فیجوز واجاز المتعه فی النهایه وابن حمزه والقاصی.

فقد استدل علی التحریم بالایات المتقدمه لکنک قد عرفت عدم شمول الشرک لاهل الکتاب لکن فی بعض الاخبار مایستفاد منه الشمول.

کما فی مجمع البیان عند قوله تعالی والمحصنات من الذین اوتوالکتاب قال روی ابوا لجارود عن ابی جعفر انه منسوخ بقرله تعالی ولاتنکحوا المشرکات حتی یؤمن و لاتمسکوا بعصم الکوافر الا ان اباالجارود راس السرحوبیه من الزیدیه وقدور دفی ذمه روایات تضمن بعضها کونه کذا باکافراً.

وکما فی صحیحه زراره بن اعین قال سالت ابا جعفر عن قول الله عزوجل ولمحصنات من الذین اوتو الکتاب من قبلکم فقال هن منسوخه بقوله ولاتمسکوا بعصم الکوافر لکن یرد علیه مضافا الی الاجماع علی بقاء النکاح اذا اسلم زوج الذمیه دونها وان اختلف فی جواز النکاح ابتداءوعدمه ولاتجدی اولویه المنع عن الابتداءبعدا نتفاء حکم الصل کما فی الجواهر.

ثم ان المائده بجملتها علی الظاهرا خراما نزلت علی النبی ﴿ﷺ﴾ فقدوردمنه ﴿ﷺ﴾ ان سوره المائده اخر القرآن نزولا فاحلوا حلالها وحرموا حرا مها ویوید ذلک ما عن القمی فی تفسیره احل الله نکاح اهل الکتاب الذین یودون الجزیه وغیرهم ام تحل منا کحتهم ، وقال ایضا فی تفسیر قوله تعالی ولاتنکحوا هی منسوخه بقوله تعالی فی سوره المائده الی ان قال فنسخت هذه الایه قوله ولاتنکحوا المشرکات حتی یؤمن و ترک قوله ولاتنکحوا المشرکین حتی یومنوا علی حاله لم ینسخ لانه لایحل للمسلم ان ینکح المشرک و یحل له ان یتزوج المشرکه من الیهود والنصاری وکذلک قاله النعمانی فی کتابه علی ما تقل عنه المرتضی قده فی رساله المحکم والمتشابه فکلا هما عداقوله تعالی ولاتنکحوا المشرکات فی منسوخ النصف من الایات فالقمی وان لم یسنده الا ان العنانی رواه عن علی کما فی الرساله عن المرتضی ، و هذا لیس نسخاًاصطلاحیا لکونه تخصیصاًفی الحقیقه بعد عمومیه

المشركين والمشركات لاهل الكتاب ايضاً فيبقى عبده الاوثان تحت الايه كما قد مناه.

فظهر مما ذكرناه انه بعدما نقل المرتضى قده فى الرسا له هذه الروايه فكيف يبقى الاطمينان بنقله الاتفاق وان حرمه التزويج من متفردات الاماميه.

فما عن الطبرسى فى المجمع ومنهم من قال انها على ظاهرها فى تحريم نكاح كل كافره كتابيه كانت اومشركه عن ابن عمروبعض الزيديه وهو مذهبنا مما لايعتمد عليه بعد مخالفه الصدوق وابيه والعمانى مضافاالى ما فى نسبه الفتوى الى ابن عمر كلاماً سياتى بيانه.

قال فى الدرالمنثور فى تفسير الايه واخرج ابن ابى شيبه وابن ابى حاتم عن ابن عمرانه كره نكاح نساء اهل الكتاب وتاول ولا تنكحوا المشركت حتى يؤمن و اخرج البخارى والنحاس فى ناسخه عن نافع عن عبدالله بن عمركان اذا سئل عن نكاح الرجل النصرانيه او اليهوديه قال حرم الله المشركات على المسلمين ولااعرف شيئاًمن الاشراک اعظم من ان تقرل المراه ربها عيسى و هو عبد من عباد الله، فانت ترى ان ابن عمر ا يضاكان يجتهد فى ادخال اهل الكتاب فى زمره المشركين مع ما نقل خلافه عنه فلايعتمد بقوله على فرض صحته، فلا بد فى المقام من ذكرادله الطرفين اماالما نعين فقداستدلوا بطائفه من الاخبار.

فمنها صحيحه زراره بن اعين المتقدمه.

۲ـومنها صحيحه محمدبن مسلم عن ابى جعفر ﴿عليه السلام﴾ قال سالته عن نصارى العرب اتؤ كل ذبا يحهم فقال كان على ﴿عليه السلام﴾ ينهى عن ذبائحهم وعن صيدهم وعن منا كحتهم ـويحتمل ان يكون عدم جواب الامام عن المسئله والاكتفاء بفعل على ﴿عليه السلام﴾ انماهو لاجل التقيه وكان فعل على ﴿عليه السلام﴾ معروفا عندالعامه من دون ان يكون ثابتا عند الامام والله العالم.

۳ـ ومنها صحيحه الحسن بن الجهم قال قال لى ابوالحسين الرضا يا ابا محمد ما تقول فى رجل تزوج نصرانيه على مسلمه قال قلت جعلت فداک وما قولى بين يديک قال لتقولن فى ذلک يعلم به قولى قلت لايجوز تزويج النصرانيه على مسلمه ولاعلى غير مسلمه قال ولم قلت لقول الله عزوجل ولاتنكحو المشركات حتى يؤ من قال فما تقول فى هذه الايه والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكن قلت فقوله ولاتنكحوا المشركات نسخت هذه الايه فتبسم ثم سكت ـ والظاهران سكوت الامام لاجل عدم الرضا عن جوابه فلذا تبسم و من المعلوم ان المسئله انما هى تزويج النصرانيه على مسلمه لااصل تزويج النصرانيه فكان الامام اشار بقرله بتوجه المخاطب على ايه سوره المائده والالم يفهم قوله من قول ابن الجهم اللهم الاان يقال ان الامام رضى بجوابه فتبسم عن الرضا ثم سكت والحق ان اثباته مشكل.

۴ ـ و منها صحیحه زراره بن اعین عن ابی جعفر ﴿علیه السلام﴾ قال لاینبغی نکاح اهل الکتاب قلت جعلت فداک و این تحریمه قال قوله و لاتمسکوا بعصم الکوافر- و یمکن ان یکون لاینبغی ظاهرا فی الکراهه فلذا سئل عن التحریم فاجاب الامام بالتحریم علی طبق فتوی بعض فقهاءالعامه کابن عمر فصدرالروایه لایفهم منه الاالکراهه.

۵- و منها روایه ابی الجارود المتقدمه.

۶- ومنا ماروواه العیاشی فی تفسیره عن مسعده بن صدقه قال سئل ابو جعفر ﴿علیه السلام﴾ عن قول الله والمحصنات من الذین اوتو الکتاب قال نسختها و لا تمسکوا بعصم الکوافر.

۷- وفی دعائم الاسلام وینا عن جعفر بن محمد عن ابیه عن ابائه عن علی صلوات الله علیهم انه قال انمااحل الله نساء اهل الکتاب للمسلمین اذاکان فی نساء المسلمین قله فلما کثرت المسلمات قال الله عزوجل ولا تنکحواالمشرکات حتی یوء من و قال الله عز وجل ولا تنکحواالمشرکات حتی یوء من قال و لاتمسکوا بعصم الکوا فرونهی رسول الله عن ان یتزوج المسلم غیر المسلمه و هو یجد مسلمه و لا ینکح مشرک مسله.

و عن علی ﴿علیه السلام﴾ انه قال لا یحل لمسلم ان یتزوج حربیه فی دارالحرب و هو یجد مسمله و لا ینکح مشرک مسلمه و عن علی ﴿علیه السلام﴾ انه قال لا یحل لمسلم ان یتزوج حربیه فی دارالحرب، الی غیر

ذلک من الاخبارالضعاف التی ذکرها فی المستدرک.

٨- و منها مارواه فی التهذیب عن الحسین عن النضر عن عبداله بن سنان قال سالت ابا عبدالله بم یکون الرجل مسلما یحل مناکحته و مواثقه و لم بجرم دمه فقال یحرم دمه بالاسلام اذا ظهر و یحل مناکحته وموارثته.

هذاه الروایه کانها ناظره الی بیان حکم الناصب و انه اذانصب العداوه لعلی و اهل بیته لایکون مظهر اللاسلام فلایکون منافیاً للروایات الداله علی عدم جواز نکاح انصاب و الناصبه.

واما الاخبار المجوزه للزواج وفاقاً للصدوق و غیره حتی انه لم یذکر من الاخبار فی الفقیه الامایدل علی الجواز نصره لمذهبه فکانه یری فی غیرها ضعفا او خلاف طریقه الخاصه.

١- فمنها صحیحه معویه بن وهب و غیره جمیعاً عن ابیعبدالله «علیه السلام» فی الرجل المؤمن یتزوج الیهودیه و النصرانیه فقال اذا اصاب المسلمه فما یصنع بالیهودیه و النصرانیه فقلت یکون له فیهاالهوی قال ان فعل فلیمنعها من شر الخمر و الکل لحم الخنزیر اعلم ان علیه فی دینه غضاضه - رواه اصدوق باسناده عن الحن بن محبوب نحوه.

٢- و منها ابی بصیر یعنی المرادی عن ابی جعفر قال سالته عن رجل له امراه نصرانیه له ان یتزوج علیها یهودیه فقال ان اهل الکتاب ممالیک للامام و ذلک موسع مناعلیکم خاصه فلاباء س ان یتزوج

قلت فانه تزوج علیهما امه قال لایصلح ان یتزوج ثلاث اماء فان تزوج علیها حره مسلمه و لم تعلما له امراه نصرانیه و یهودیه ثم دخل بها فان لها ما اخذت من المهر فان شاءت ان تقیم بعد معه اقامت و ان شاءت ان تذهب الی اهلها ذهب اذا حاضت ثلاث حیض او مرت لها ثلاثه اشهر حلت اللزواج قلت فان طلق علیها الیهودیه و انصرانیه قبل ان تقضی عدهالمسلمه له علیها سبیل ان یردها الی منزله قال نعم.

یمکن حمل ذیل هذه الروایه علی کون الفسخ صوریاً او مراعاه بعدم طلاق الیهودیه و النصرانیه فلا اشکال فیها فی الدلاله علی الجواز.

۳- و منها ماوراه منصور بن حازم عن ابی عبدالله(علیه السلام) قال سالته عن رجل تزوج ذمیه علی مسلمه و لم یستامرها قال یفرق بینهما قلت فعلیه ادب قال نعم اثنا عشر سوطا و نصف ثمن حدالزانی و هو صاغر قلت فان رضیت المراه الحره المسلمه بفعله بعد ماکان فعل قال لایضرب و لایفرق بینهما یبقیان علی النکاح الاول.

وفی الوافی و الحدائق عن التهذیب امه مکان (ذمیه) لکنه خلاف الظاهرا ذکان علیه المقابله بین الامه و الحره دون الامه و المسلمه، والروایه صحیحه بسندالصدوق دون الکافی لان فیه صالح بن سعید عن بعض اصحابنا عن منصور بن حازم، لیس الاشکال فی

ابن سعيد فانه المعتمد بل لاجل الارسال فى سند الروايه.

۴- و منها صحيح هشام بن سالم عن ابى عبدالله فى رجل تزوج ذميه على مسلمه قال يفرق بينهما و يضرب ثمن حدالزانى اثنا عشر سوطا و نصفا فان رضيت المسلمه ضرب ثمن الحدولم يفرق بينهما قلت كيف يضرب النصف قال يوخذ السوط بالنصف فيضرب به.

و حيث ان السئوال فى الروايتن بنا على الاتحاد (كمالايبعد)تزويج الذميه على المسلمه فلا يحمل الروايتين بنا على الاتحاد(كما لايبعد) تزويج الذميه على المسلمه فلا يحمل على عدم القدره على وطى المسلمه فاضطر الى تزويج الذميه كما يدل عليه ايضا قوله و لم يستا مرها فان الزواج كان بدون اذن من المسلمه فقط.

ومنها صحيح عبدالرحمن بن ابى عبدالله قال سالت ابا عبدالله ﴿عليه السلام﴾ هل للرجل ان يتزوج النصرانيه على المسلمه على الامه ، فقال لاتزوج واحده منهما على المسلمه وتزوج المسلمه على الامه ، وللمسلمه الثلثان وللامه لاالنصرانيه الثلث.

۶ـ ومنهما مارواه ابومريم الانصارى قال سالت ابا جعفر ﴿عليه السلام﴾ عن طعام اهل الكتاب ونكاحهم حلال هو قال نعم قد كانت تحت طلحه يهوديه.

۷ـ صحيح محمدبن مسلم عن ابى جعفر﴿عليه السلام﴾ قال سالته عن

نکاح الیهودیه والنصرانیه فقال لاباءس اما علمت انه کانت تحت طلحه بن عبیدالله یهودیه علی عهدالنبی.

۸ ـ وصحیح محمدبن مسلم عن ابیجعفر «علیه السلام» فی حدیث قال لاینبغی للمسلم ان یتزوج یهودیه ولانصرانیه وهو یجد مسلمه حره اوامه.

۹ ـ وعن یونس عنهم علیهم السلام قال لاینبغی للمسلم المرسران یتزوج الامه الا ان لایجدحره و کذلک لاینبغی له ان یتزوج امراه من اهل الکتاب الافی حال ضروره حیث لایجدمسلمه حره ولاامه.

بناء علی حمل لاینبغی فی الخبرین علی الکراهه و فی المرسر علی الکراهه الشدیده لاجل یساره وهذه الطائفه صارت سبباً للقول بالجواز فی حال الضروره کما هو مذهب الشیخ فی النهایه وابن حمزه وابن البراج.

قال فی النهایه لایجوز للرجل المسلم ان یعقد علی المشرکات علی اختلاف اصنافهن یهودیه کانت او نصرانیه اوعابده وثن فان اضطرالی العقد علیهن عقد علی الیهودیه والنصرانیه وذلک جایز عند الضروره ولاباءس ان یعقد علی هذین الحنسین عقد المتعه مع الاختیار انتهی.وتبعه ابن حمزه وابن البراج ، واسمعیل بن مرارفی سند الروایتین یمنع عن الاعتماد علیهما حتی یکون شاهداً للجمع بین الطائفتین کما لایخفی.

۱۰ ـ ومنها عن حفص بن الغیاث قال کتب بعض اخوانی ان اساءل

اباعبدالله عن مسائل فسالته عن الاسیر یتزوج فی دار الحرب فقال اکره ذلک فان فعل فی بلاد الروم فلیس هو بحرام هو نکاح واما فی الترک والدیلم والخزر فلا یحل له ذلک.

۱۱ـ و منها عن المرتضی فی رساله المحکم و المتشابه نقلاً عن تفسیر النعمانی کما تقدم الاشاره الیه عن علی ﴿علیه السلام﴾ قال و اما الایات التی نصفها منسوخ ونصفها متروک بحاله ام ینسخ وما جاء به من الرخصته فی العزیمه فقوله تعالی و لا تنکحوا المشرکات حتی یؤمن و لامه مؤمنه خیر من مشرکه و لو اعجبتکم و لا تنکحواالمشرکین حتی یومنوا و لعبدمؤ من خیر من مشرک ولوا عجبکم وذلک ان المسلمین کانوا ینکحون فی اهل الکتاب من الیهود والنصاری وینکحونهم حتی نزلت هذه الایه نهیاً عن ینکح المسلم من المشرک ان ینکحونه ثم قال فی سوره المائده ما نسخ هذه الایه فقال وطعام الذین اوتوا الکتاب حل لکم وطعامکن حل اهم والمحضات من المؤمنات والمحصنات من الذین اوتو الکتاب من قبلکن فاطلق اللهمنا کحتهن بعد ان کان نهی وترک قوله ولاتنکحوا المشرکین حتی یومنوا علی حاله لم ینسخه.

۱۲ـ ومنها صحیح عبدالله بن سنان عن ابی عبدالله قال ساله ابی وانا اسمع عن نکاح الیهودیه والنصرانیه فقال نکاحهما احب الی من نکاح الناصبیه نوما اجب للرجل المسلم ان یتزوج الیهودیه ولاالنصرانیه مخافه ان یتهودولده اویتنصر.

۱۳ـ ومنها ما عن قرب الاسناد عن السندی بن محمد عن ابی البختری عن جعفر عن ابیه علیهما السلام انه کره مناکحه اهل الحرب ولایخفی شمولها حتی المجوسیه وغیرها من المشرکین.

۱۴ـ ومنها صحیح زراره قال سالت اباجعفر «علیه السلام» عن نکاح الیهودیه والنصرانیه فق لایصلح للمسلم ان ینکح یهودیه ولا نصرانیه انما یحل منهن نکاح البله فان لایصلح قرینه علی الکراهه والبله اقل کراهه.

۱۵ـ ومنها ما عن احمد بن محمد ابن عیسی فی نوادره عن الحسن بن محبوب عن معویه بن وهب والمتن ما تقدم.

۱۶ـ ومنها ما عن فقه الرضا «علیه السلام» ان تزوجت یهودیه او نصرانیه فامنعها من شرب الخمر واکل لحم الخنزیر واعلم ان علیک فی دینک فی تزویجک ایاها غضاضه ولایجوز تزویج المجوسیه.

الی غیر ذلک من الاخبالا التی تدل علی جواز المناکحه فالقول بالجواز بحسب الروایات اقوی الاان الاصحاب من زمن المفید والمرتضی والشیخ ادعوا الشهره والاجماع علی عدم الجواز وقد عرفت عدم صحه الاجماع مع مخالفه من تقدم والذی یقوی فی النفس هو ان المفید والشیخ مخصوصا جز ما علی کون اهل الکتاب مشرکین فافتیا علی حومه مناکحه اهل الکتاب بالایات الداله علی الحرمه بالشرک وقد عرفت انه اجتهاد منهما وتبعهما کثیر ممن تاخر عنهما خوفاً من الشهره او الاجماع نعم لوکان الفتوی منهم

على من ثبت شركهم كالو ثنيه فلابد من القول ببطلان منا كحتهم وانا لهم با ثباته و دونه خرط القتاد.

١٧ـ ومنها ما رواه ابو بصير اليهوديه والنصرانيه افضل اوقال خير من تزويج الناصب والناصبه.

١٨ـ ومنها خبرابى بصير عن الصادق ﴿عليه السلام﴾ قال لاتتزوجوا اليهوديه ولاالنصرانيه على حره متعه اوغير متعه.

ومنها روايه محمدبن سنان عن الرضا قال سالته عن نكاح اليهوديه والنصرانيه فقال لاباس فقلت فمجوسيه فقال لاباس به يعنى متعه بناء على كون التفسيرمن محمدبن سنان او غيره.

(فی التمتع بالکتابیه)

اما التمتع بالکتابیه فعن المفید رحمه الله نکاح الکافره محرم سواء الیهود و النصاری و المجوس واطلق النکاح مع انه قسمه اولا الی نکاح المتعه والدایم وملک الیمین ومقتضی هذا تحریم الجمیع.

وقال الصدوق فی المقنع ولایتزوج الیهودیه والنصرانیه علی حره متعه و غیر متعه.

وقال ابوا لصلاح یجوز التمتع بالیهودیه و النصرانیه دون من عداهما من ضروب الکفار ومقتضاه تحریم المجوسیه.

وعن السلارجوا زنکاح الکتابیه تمتعاً وعن ابن ادریس نفی الباس عن متعه الیهودیه و النصرانیه فی حال الاختیار فاما من عدی هذین الجنسین من سایر اصناف الکفار سواء کانت مجوسیه او غیر ها کافره اصل او مرتده او کافره مله فلایجوز العقد علیها ولاوطیئها

حتى تتوب من كفرها.

وعن الشيخ فى النهايه يكره التمتع بالمجوسيه وتسويع التمتع باليهوديه و النصرانيه حاله الاختيار.

وعن المفيد فى المقنعه عدم جواز العقد على المجوسيه و رجع الشيخ عما ذكره فى النهايه فى تبيانه وبعض اصحابنا بحصرالعقد على اليهوديه و النصرانيه سواء كان العقد موجلا او دائما و استظهره.

وعن المبسوط انه قد اجازا صحابنا كلهم التمتع بالكتابيه و وطئها بملك اليمين.

و قال العلامه فى المختلف بعد نقل كلامه و هذا يدل على اضطرابه و عدم و قوفه على حكم معين و المعتمد ما قاله فى النهايه انتهى.

و فى التحرير يشترط فى الزوجه ان يكون مسلمه او كتابيه و فى المجوسيه اشكال و يمنعها من شرب الخمر و اكل لحم الخنزير و استعمال المحرمات و لا يجوز التمتع بالوثنيه و لا الناصبه المعلنه بالعداوه كالخوارج و لايجوز اللمسلمه ان تتمتع الا بالمسلم و لا للمومنه ان تتمتع بالمخالف، فيدل عليه جمله من الاخبار.

كصيحة زراره قال سمعته يقول لاباس ان يتزوج اليهوديه و النصرانيه متعه و عنده امراه.

٢ـو صحيحه اسماعيل بن سعد الاشعرى قال سالته عن الرجل

یتمتع من الیهودیه و النصرانیه قال لا اری بذلك باءسا قال قلت فالمجوسیه قال اما المجوسیه فلا والاضمار فیها لایضر لکونهما من بطانه اصحاب الصادق و الرضا علیهما السلام و لعل الاضمار لاجل التقیه او کان الامر معلوماً.

٣ ـ و روایه محمد بن سنان عن الرضا قال سالته عن نکاح الیهودیه و النصرانیه فقال لاباس فقلت فمجوسیه فقال لاباس به یعنی متعه.

۴ ـ و عن منصور الصیقل عن ابیعبدالله قال لاباس بالرجل ان یتمتع بالمجوسیه و الجمع بینها وبین ما تقدم بحمل النهی فی المجوسیه علی الکراهه الشدیده و فی الیهودیه و النصرانیه علی الکراهه الخفیفه ۵ ـ روایه الحسن التفلیسی قائل سالت الرضا (علیه السلام) ایتمتع من الیهودیه و النصرانیه فقال یتمتع من الحره المؤمنته احب الی و هی اعظم حرمه منها.

۶ ـ و روایه ابی بصیر الظاهر فی الحرمه المحموله علی الکراهه عن ابیعبدالله قال لاتتزوجوا الیهودیه و النصرانیه عل حره متعه و غیر متعه فان مقتضی الجمع بین الاخبار حمل بعضها عل بعض فیستفاد منها الجواز علی کراهه و کراهه شدیده فی البعض.

٧ ـ و عن الحسن بن علی بن فضال عن بعض اصحابنا عن الصادق (علیه السلام) قال لابأس ان یتمتع الرجل بالیهودیه و النصرانیه و عنده حره.

(فی بیان نكاح المجوسیه)

المسئله الثالثه فی حكم المجوسیه فعن الخلاف مسئله ۸۵ النكاح لایجوز مناكحته المجوس بلاخلاف الا اباثور فانه قال تحل مناكحته و غلطه اصحاب الشافعی و قال ابو اسحق هذه مبنیه علی قولین هل هم اهل الكتاب ام لا فان قلنا هم اهل الكتاب و هو قول علی ﴿علیه‌السلام﴾ جاز مناكحته و ان قلنا هم لیسوا اهل الكتاب لم تحل قال ابو حامد الاسفراینی و هذا غلط جداً دلیلنا انا قد بیننا ان جمیع من خالف الاسلام لاتجوز مناكحته فهذا الفرع ساقط عنا و ما دللنابه فی المسئله الاولی یدل علی هذه المسئله.

و الغرض من نقل كلامه قده بیان عدم كون المسئله اجماعیه فی زمنهم بل كانت الجتهادیه و انهم من فرق المشركین و قد عد قده فی كتاب الجزیه، مسئله ۳ منه المجوس من اهل الكتاب فقال المجوس

کان لهم کتاب ثم رفع عنهم و هوا اصح قولی الشافعی و له قول آخر انه لم یکن لهم کتاب و به قال ابوحنیفه دلیلنا اجماع الفرقه و اخبارهم و رواه عن علی الصلوة و السلام انه قال کان لهم کتاب احر قوه و نبی قتلوه فثبت انهم اهل الکتاب فالصریح منه قیام الاجماع علی کونهم اهل الکتاب و حکمهم حکم النصاری و الیهود المبین فیما سبق فی الایه و الروایات.

و عن ابن رشد فی باب الجزیه فاما من یجوز اخذ الجزیه منه فان العلماء مجمعون علی انه یجوز اخذها من اهل الکتاب العجم و من المجوس کما تقدم و اختلفوا فی اخذها ممن لاکتاب له و فیمن هو من اهل الکتاب من العرف بعد اتفاقهم حکی عن بعضهم انه لاتوخذ من قرشی کتابی و قد تقدم هذه المسئله.

و عن الصدوق فی المقنع بعد نفی الباس عن تزویج النصرانیه و الیهودیه قال و تزویج المجوسه محرم و لکن اذاکان للرجل امه مجوسیه فلا باس ان یطاها و یعزل عنها و لا یطلب و لدها.

و عن المبسوط و من لهم شبه کتاب و هم المجوس قال قوم هم اهل الکتاب کان لهم کتاب ثم نسخ و رفع من بین اظهرهم و قال اخرون ما کان لهم کتاب اصلا فغلب التحریم انتهی.

و عن المفید نکاح الکفاره محرم بسبب کفرها سواء کانت عابده و ثن او مجوسیه او یهودیه او نصرانیه قال الله عزوجل و لاتنکحوا المشرکات حتی یؤمن و قال فی باب العقد علی الاماء و ینکح بملک

اليمين اليهوديه و النصرانيه و لايجوز له ذلك بعقد صحيح و لايجوز و طى المجوسيه و الصائبه و الوثنيه على كل حال انتهى.

عن السرائر بعد نفى الباس عن وطى اليهوديه و النصرانيه بملك اليمين و لايجوز و طى المجوسيه على كل حال و كذا الصابيات حرام وطئهن بالعقود و ملك الايمان ـ فهما كما ترى يخالف ما افتى به الصدوق من جواز الوطى بملك اليمين.

و قال سلار و من الشرائط ان يكون مؤمنه او مستضعفه فان كانت ذميه او مجوسيه او معانده لم يحل نكاحها غبطه لان الكفائه فى الدين مراعاه عندنا فى صحه العقد فاما عقد المتعه و الاماء فجايز فى الذميات خاصه دون المجوسيه انتهى.

و عن ابى الصلاح منع نكاح الكافره حتى تسلم و ان اختلف جهات كفرها و سوغ التمتع باليهوديه والنصرانيه دون من عداهما من ضروب الكفار.

و عن ابن البراج حرمه العقد عل المشركه عابده و ثن او يهوديه او مجوسيه او غير ذلک على اختلافهم فى المشرک الاعند الضروره الشديده فانه انكان كذلک جازان يعقد على اليهوديه و النصرانيه دون الباقين فان العقد عليهن يحرم على كل حال و يجوز عقد المتعه على اليهوديه و النصرانيه ايضادون غيرها من المشركات.

و عن ابن حمزه لايصح العقد لمؤمن على كافره و يجوز للمؤمن ان يتمتع اليهوديه و النصرانيه مختار و عقد نكاح غبطه، مضطراً و

يكون وطى المجوسيه بملك اليمين و عقد المتعه عليها.

و عن ابن ادريس بعد كلام طويل و قدروى روايه شاذه انه يكره وطى المجوسيه بملك اليمين و عقد متعه و ليس ذلك بمحذور اوردها شيخنا فى نهايته ايراداً لا اعتقاد اورجع عن ذلك فى كتاب التبيان فى قوله تعالى و لا تنكحوا المشركات الخ فانه قال و اما المجوسيته فلايجوز نكاحها اجماعا و يمكن حمل كلامه على صوره الدوام دون المتعه.

و عن العلامه فى التحرير لايجوز للمسلم نكاح غير الكتابيات من ساير اصناف الكفار سواء كان بعقد دوام او متعه او ملك يمين بلا خلاف اما الكتابيات من اليهود و النصارى و المجوس فلمشهور تحريمهن بالعقد الدائم و اما فى المتعه ملك اليمين فروايتان اقربهما الجواز على اشكال فى المجوسيه هذا فى الابتداء و يجوز فى فى الكتابيات استدامه كان يسلم الذمى و عنده كتابيه فانه يستديم نكاحها ثم قال اليهود لهم كتاب التوراه و النصارى لهم كتاب الانجيل اما المجوس فقيل كان لهم كتاب ثم نسخ و رفع من بين اظهر هم فلهم شبهه كتاب فلحقوا بالكتابيين فى احكامهم اما السامره فهم فوم من اليهود و يخالفونهم فى بعض الفروع فحكمهم حكم اهل الذمه و قيل ليسوا منهم فحكمهم فى حكم الحر بيين اما الصائبون فقيل هم نصارى وقيل انهم يخالفونهم فى الاصول و يقولون ان الفلك ناطق و يعبدون الكواكب فحكمهم حكم الحربين ايضاً و اما

من له كتاب غير التوراه و الانجيل من الكفار فحكمهم حكم الحربى ايضا و ذلك مثل صحف ابراهيم و زبور داوود و اما من انتقل الى دين اهل الكتاب فان كان بعد النسخ كانوا بحكم الحربيين ايضا وان كان قبله فحكمهم حكم اهل الذمه انتهى.

و عن الشهيد فى الروضه و انما جعلنا المجوسيه من اقسام الكتابيه مع انها مغايره لها و ان لحقت بها فى الحكم لدعواه (اى المصنف) الاجماع على تحريم نكاح من عداها مع و قوع الخلاف فى المجوسيه فلولا تغليبه (اى المصنف) الاسم عليها لدخلت فى المجمع على تحريمه ووجه اطلاقه عليها ان لها شبهه كتاب صح بسببه التجويز و المشهور بين المتأخرين ان حكمها فناسب الاطلاق انتهى.

لكنه قال فى المسالك بعد تمام البحث فى اليهود و النصارى بقى الكلام فى المجوسيته فان الظاهر عدم دخولها فى اهل الكتاب لقول النبى صلى الله عليه وآله سنوابهم سنته اهل الكتاب فان فيه ايماء الى انهم ليسوا منهم و لذلك قيل انهم ممن لهم شبهته كتاب و قدروى انهم حرقوا كتابهم فرفع و ايضا فلا يلزم ان يسن بهم سنتهم فى جميع الاحكام و ظاهر الروايه كونه فى الجزيه و يويده انهم رووا فيها ايضا غيرناكحى نسائهم و لا الكلى ذبائحهم فيضعف الاحتجاج ببعضها دون بعض والروايه عاميه انتهى.

و عن الشيخ فى المبسوط و من له شبهته كتاب و هم المجوس

قال قوم هم اهل الکتاب کان لهم کتاب ثم نسخ و رفع من بین اظهر هم و قال اخرون ما کان لهم کتاب اصلا وغلب التحریم فقیل علی القولین یحقن دمائهم ببذل الجزیه و تحریم مناکحهم و ذبائحهم بلا خلاف و قداختار اصحابنا کلهم. التمتع بالکتابیه و وطئها بملک الیمین و روارخصته فی التمتع بالمجوسیه انتهی.

(فی بیان انهم اهل الکتاب)

و من الروایات ما فیها داله علی کون المجوس من اهل الکتاب کروایه ابی یحیی الواسطی عن بعض اصحابنا قال سال ابو عبداله عن المجوس اکان لهم نبی فقال نعم اما بلغک کتاب رسول الله الی اهل مکه اسلموا و الانابذتکم بحرب فکتبوا الی النبی ان خذمنا الجزیه و اعنا علی عباده الاوثان فکتب الیهم النبی ﴿صلی الله علیه و آله﴾ انی لست اخذ الجزیه الامن اهل الکتاب کتبوا الیه یریدون بذلک تکذیبه زعمت انک لاتا خذا الجزیه الامن اهل الکتاب ثم اخذت الجزیه من مجوس هجر فکتب الیهم رسول الله ﴿صلی الله علیه و آله﴾ ان المجوس کان لهم نبی فقتلوه و کتاب احر قوه اتاهم نبیهم بکتابهم فی اثنی عشر الف جلد ثور ـ رواه الشیخ فی التهذیب و الکلینی فی الکافی لکنها ضعیفه

السند من جهته الارسال و عدم وثاقه ابی یحی الواسطی بل حدیثه یقبل تاره و ینکر اخری -راجع کتاب جهاد الوسائل باب ۴۸.

و روایه محمد بن الحسن باسناده عن احمد بن محمد عن ابی یحیی الواسطی قال سئل ابو عبدالله عن المجوس فقال کان لهم نبی قتلوه و کتاب احر قوه اتاهم نبیهم بکتابهم فی اثنی عشر الف جلد ثور و کان یقال له جا ماست.

و روایه محمد بن علی بن الحسین قال المجوس توخذ منهم الجزیه لان النبی ﴿علیه السلام﴾ قال سنوابهم سنته اهل الکتاب و کان لهم نبی اسمه و اما ست فقتلوه و کتاب یقال له جا ماست کان یقع فی اثنی عشر الف جلد ثور فحر قوه (۱)

و روایه الاصبغ بن نباته ان علیاً قال علی المنبر سلونی قبل ان تفقدونی فقام الیه الاشعث فقال یاامیر المؤمنین کیف یوخذ الجزیه من المجوس و لم ینزل علیهم و لم یبعث الیهم نبی فقال بلی یا اشعث قد انزل الله علیهم کتابا و بعث الیهم نبیاً الحدیث.

محمد بن محمد المفید فی المقنعه عن امیر المؤمنین ﴿علیه السلام﴾ انه قال المجوس انما الحقوا بالیهود النصاری فی الجزیه و الدیات لانه قد کان لهم کتاب فیما مضی.

و روایه علی بن دعبل اخی دعبل بن علی عن علی بن موسی الرضا ﴿علیه السلام﴾ عن ابیه عن ابائه عن علی بن الحسین ﴿علیه السلام﴾ ان

۱- راجع الوسائل باب ۴۸ من الجهاد.

رسول الله ﴿صلى الله عليه وآله﴾ قال سنوابهم سنته اهل الكتاب يعنى المجوس.

و فى المستدرک روايات منها ماعن دعائم الاسلام عن امير المؤمنين ﴿عليه السلام﴾ المجوس اهل الكتاب الا انه اندرس امرهم و ذكرقصتهم فقال يوخذ الجزيه منهم.

و خبر الاختصاص، يقرب من روايه الاصبغ.

و على خلافها ايضا روايات اخر تدل على عدم كونهم من اهل الكتاب كصحيحه عبداله بن هلال عن ابى عبدالله قال سالته عن مضائره المجوسيه قال لا ولكن اهل الكتاب و غير ذلک الا انه لاتقاوم ماتقدم مع ان الروايه بصدد بيان حكم اخرو هو الجواز من اهل الكتاب الى النصارى و اليهود فلا ينا فى كون المجوس ايضا منهم مع حرمه اخذ المجوسيه ضئراً للصبى، و الاشاره الى المعروفين بهذا العنوان لا ان المجوس فى الواقع ايضا ليس لهم كتاب.

و عن مجمع البيان فى تفسير قوله تعالى حتى يوتوا الجزيه عن يدوهم صاغرون قال اصحابنا المجوس حكمهم اليهود و النصارى.

و فى الدر المنثور الجزء الثالث ص ۲۲۸ اخرج ابن ابى شيبه عن الزهرى رضى اله عنه قال اخذ رسول الله ﴿صلى الله عليه وآله﴾ الجزيه من مجوس اهل هجرو من يهود اليمن و نصارا هم من كل ما لهم دينار و اخرج ابن ابى سنيه عن بجاله له قال لم ياخذ عمر الجزيه من المجوس حتى شهد عبدالرحمن بن عوف ان رسول‌الله ﴿صلى الله عليه وآله﴾

اخذها من مجوس هجرو اخرج ابن ابی شیبه عن الحسن بن محمد بن علی رضی‌الله عنهم قال کتب رسول الله ﴿صلی الله علیه وآله﴾ الی مجوس هجر یعرض علیهم الاسلام فمن اسلم قبل منه و من ابی ضربت علیهم الجزیه حتی ان لاتوکل لهم ذبیحه و لا ینکح منهم امراه و یمکن ان یکون حتی غایه لاخذ الجزیه فبعد الاخذ یحل النکاح و الذبیحه کما یدل علیه قول ابن عباس من ان نساء اهل الکتاب من یحل لنا و منهم من لایحل لناو تلی قاتلوا الذین لایومنون الایه فمن اعطی الجزیه حل لنا نسائه و من لم یعط الجزیه لم یحل لنا نسائه در المنثور ۲۲۹ جزو ۳.

و اخرج مالک و الشافعی وابو عبید فی کتاب الاموال وابن ابی شیبه عن جعفر عن ابیه ﴿علیه السلام﴾ عمر بن خطاب استشار الناس فی المجوس فی الجزیه فقال عبدالرحمن بن عوف سمعت رسول الله ﴿صلی الله علیه وآله﴾ یقول سنوابهم سنته اهل الکتاب و اخرج عبدالرزاق فی المصنف عن علی بن طاب رضی‌الله عنه انه سئل عن اخذ الجزیه من المجوس کانوا اهل کتاب یعرفونه و علم یدرسونه فشرب امیر هم الخمر فسکر فوقع علی اخته فراه نفر من المسلمین فلما اصبح قالت اخته انک قد صنعت بها کذا و کذا و قدراک نفر لایسترون علیک فدعا اهل الطمع فاعطاهم ثم قال لهم قد علمتم ان آدم ﴿علیه السلام﴾ قد انکح بینه بناته فجاء اولئک الذین رأوه فقالو اویل للابعد ان فی ظهرک حد الله فقتلهم اولئک الذین کانوا عنده ثم جائت امراه فقالت له بلی قدرایتک

فقال لها و يحاً لبغی بنی فلان قالت اجل والله لقد كانت بغيته ثم تابت فقتلها ثم اسرى على ما فی قلوبهم و على كتبهم فلم يصح عندهم شی و روى الشافعی باسناده الى فروه بن نوفل الاشجعی مايقرب من ذلک راجع المنتهی کتاب الجهاد.

و الغرض من ذلک کله الرد على ابی حنيفه و احمد حيث قالا بان المجوس لا كتاب لهم لقوله ﴿عليه السلام﴾ سنوابهم سنه اهل الکتاب فان الظاهر من اخبر انهم فی زمره اهل الكتاب و يويد خروجهم من زمره المشرکین ایضا قوله تعالى ان الذين آمنوا و الذين هادوا والصائبين و النصارى و المجوس و الذين اشركوا ان الله يفصل بينهم يوم القيمه ان الله على كل شي قدير فان الظاهر منها ان المشرکین فی اصطلاح القرآن غير الطوائف المذكور و بينهم فصل كما يفصل تعالى بينهم يوم القيمه فبعد ثبوت كونهم اهل الكتاب يشملهم قوله تعالى و المحصنات من الذين اوتوا الكتاب اللهم الا ان يدعى ان المراد من اهل الکتاب فی اصطلاح القرآن هم اليهود و النصارى ليس الا فيكون ادله الحرمه محكمه و من الادله الخاصه على المنع.

صحيحه اسمعيل بن سعد الاشعرى قال سالته عن الرجل يتمتع من اليهوديه و النصرانيه قال لا ارى بذلک بأسا قال قلت فالمجوسيه قال اما المجوسيه فلا، حمله الشيخ على الكراهه فی غير وقت الضروره بقرنيه روايه محمد بن سنان عن الرضا قال سالته عن

نکاح الیهودیه و النصرانیه فقال لابأس فقلت فمجوسیه فقال لاباس به یعنی متعه و یحتمل ان یکون التفسیر من الراوی فکانه فهم منه مراد الامام او فسره بذلک لمکان الاجتهاد و الشهره.

و روایه منصور الصیقل عن ابی عبدالله قال لابأس بالرجل ان یتمتع المجوسیه ـ فهما قرینتان علی حمل النهی علی الکراهه.

و من الروایات المانعه صحیحه محمد بن مسلم قال سالت ابا جعفر «علیه السلام» عن الرجل المسلم ایتزوج المجوسیه قال لا ولکن اذا کان له امه مجوسیه فلا باس ان یطاها و یعزل عنها و لایطلب و لدها.

فالمستفاد منها الجواز بملک الیمین کما افتی بمضمونه الصدوق فیما قدمناه من المقنع و اما اطلاق الصدر فیرفع الیدعنه بقرینه ما دلت علی الجواز فی التمتع بل لولا الاجماع و الشهره المحققه بین المتأخرین ـ لکان القول بالحاقهم باهل الکتاب مطقاً حقیقاً لکن الاجماع والشهره یمنعان من ذلک و صحیحه محمد بن مسلم هی المحکمه فی الدائمه.

اما لسامره فهم قوم من الیهود و یخالفونهم فی بعض الفروع و اما الصائبون فقیل هم نصاری الی اخر، (ذکرناه سابقا عین عباره التحریر).

و السامره علی ما قیل قوم من الیهود یسکنون بیت المقدس و قرایا من اعمال مصر یتقشفون فی الطهاره اکثر من سائر الیهود و اثبتوا نبوه موسی و هرون و یوشع و انکروا النبوه من بعدهم

رأسها الانبياً واحداً و قالوا لتوراه انما بشرت بنبى واحد ياتى بـعد موسى يصدق ما بين يديه من التوراه و يحكم بحكمها و لا يخالفها البته و قبلتهم التور الذى كلم الله تعالى عليه مـوسى و قـالوا ان الله تعالى امر داود ان يبنى عليه بيت المقدس فخلف و ظلمه فبناه بايليا.

و فى مصباح المنير فالسامره فرقه من اليهود و تخالفه فى اكثر الاحكام و نحو ذلک نقل العلامه فى القواعد و مع ذلک کله لم يعلم لنا حالهم و محلهم و كيفيه مذهبهم فانكانوافرقه من اليـهود فـهم فـى حكمهم و الا فلا.

و اما الصائبون فقال الفيومى فى المصباح و صبا من الدين يصبا مهموز بفتحتين خرج، فهو صابى ثم جعل هذا اللقب علماً على طائفه من الكفار يقال انها تعبد الكواكب فى الباطن و ينسب الى النصرانيه وهم الصائبه تنصب يدعون انهم على دين صابى بن شيث بن آدم و يجوز التخفيف فيقال الصابون.

و قال فى القاموس و الصابئون يـزعمون انـهم عـلى ديـن نـوح ﴿علیه السلام﴾ و قبلتهم من مهب الشمال عند منتصف النهار.

و قال فى الصحاح هم جنس من اهل الكتاب و نـقل العـلامه فـى التذكره كتاب الجهاد.

قال ابن اجنيد من علمائنا الصابيون توخذ منهم الجزيه و يقرون عليها كاليهود النصارى و هو احد قولى الشافعى بناء على انهم من اهل الكتاب و انما يخالفونهم فى فروع المسائل لا فى اصولها و قال

احمدانها جنس من النصارى وقال ايضا انهم يصبون فهم من اليهود و قال مجاهد انهم من النصارى و قال السدى انهم من اهل الكتاب و كذا السامره و متى كانو كذلك قبلت منهم الجزيه و قد قيل عنهم انهم يقولون ان الفلك حى ناطق و ان الكواكب السبعه السياره الهه و متى كان كذالك لم يقرون على دينهم الجزيه.

و قال المفيد و قد اختلف فقهاء العامه فى الصابئين و من ضارعهم فى الكفر سوى ما ذكرناه من الثلاثه الاصناف فقال مالك و انس و الاوزاعى كل دين بعد الاسلام سوى اليهود و النصرانيه فهو مجوسيته و حكم اهله حكم المجوس و روى عن عمر بن عبدالعزيز انه قال الصائبون مجوس وقال الشافعى و جماعه من اهل العراق ان حكمهم كله المجوس و قال بعض اهل العراق حكمهم حكم النصارى فاما نحن فلا نجاوز بايجاب الجزيه حكم المجوس، الى ان قال و لو خلينا و القياس لكانت المامونيه و المزدقيه و الديصانيه عندى بالمجوس اولى من الصائبين لانهم يذهبون فى اصولهم مذاهب تقارب المجوسيه و تكاد تخلتط بها واما المرفونيه و الماهانيته فانهم الى النصرانيه اقرب من المجوسيه لقولهم فى الروح و الكمله و الابن بقول النصارى و ان كانوا يوافقون الثنويه فى اصول اخر و اما الكينونيه فقولهم يقرب من النصرانيه لا مثلهم فى التثليث و ان كان اكثره الخ ما ذكره فى اكلام طويل لكن مع ذلک كله لا يطمئن النفس بهذه التخمينات ان كونهم من اى الفرق فلا بدفيهم الاحتياط.

(فی انهم لیسوا علی دین النصاری و لا الیهود)

و فی مجمع البیان ج ۱ ص ۱۲۶ قال مجاهدوا الحسن الصائبون بین الیهود و المجوس لا دین لهم و قال السدی هم طائفه من اهل الکتاب یقرئون الزبور و قال الخلیل هم قوم دینهم شبیه بدین النصاری الا ان قبلتهم نحو مهب الجنوب حیال منتصف النهار یزعمون انهم علی دین نوح و قال ابن زیدهم اهل دین من الادیان کانوا بالجزیره جزیره الموصل یقولون لا اله الا الله و لم یومنوا برسول الله فمن اجل ذلک کان المشرکون یقولون للنبی و لا صحابه هولاء الصائبون یشبهونهم بهم و قال اخرون هم طائفه من اهل الکتاب والفقهاء باجمعهم یجیزون اخذ الجزیه منهم و عندنا لا یحوز ذلک لانهم لیسوا باهل کتاب انتهی فانت تری الاختلاف الموجود بین کلتهم فکیف یطمئن النفس بواحد من الاقوال.

و عن الخلاف مسئله ۴ کتاب الجزیه الصائبه لا یوخذ منهم الجزیه و لا یقرون علی دینهم و به قال ابو سعیدالاصطخری و قال باقی الفقهاء انه یوخذ منهم الجزیه دلیلنا اجماع الفرقه و اخبارهم و ایضا قوله تعالی اقتلوا المشرکین حیث وجدتموهم و قال اذا لقیتم الذین کفروا فضرب الرقاب و لم یامر باخذ الجزیه منهم و ایضا قوله تعالی قاتلوا الذین لا یومنون بالله الی قوله من الذین اوتواالکتاب حتی یعطوا الجزیه عن یدوهم صاغرون فشرط فی اخذالجزیه ان یکونوا من اهل الکتاب و هولاء لیسوا باهل الکتاب انتهی.

و لعل المراد من الاخبار هی التی تدل علی اخذا الجزیه من الاصناف الثلاثه و انهم لیسوا منهم و الا فلیس عل الظاهر روایه خاصه تدل علی عدم کونهم منهم.

و عن القواعد الاصل فی الباب انهم ای السامره والصابئین ان کانوا انما یخالفون القبلتین فی فروع الدین فهم منهم و ان خالفوهم فی اصله فهم ملحده لهم حکم الحربیین.

و فی کشف اللثام بهذا یمکن الجمع بین القولین لجوازان یعدوا منهم و ان خالفوهم لبعض الاصول کما یعد کثیر من الفرق من المسلیمن مع المخالفه فی الاصول بل الامر کذلک فی غیر الامامیته و قد قیل انه لا کلام فی عدهما من القبیلتین و انما الکلام فی الاحکام.

و عن الجواهر بعد نقل کلام کاشف اللثام لا ینبغی الکلام فی الاحکام بعد فرض انهم من القبیلتین ای الیهود والنصاری ضروره

تعليق الحكام فى النص و الفتوى على المسلمين بـهذا الاسـم الذى يشملهم اهل الكتاب فمع فرض الانتحال جرت عليهم الاحكام انتهى.

والعمده فى المقام اثبات انهم من اى الفرق و الا فالحكم كما ذكره صاحب الجواهر انما تعلق بالعنوان و ليس لنا دليل على الاثـبات و انهم من المجوس او اليهود او النصارى او من اى الفرق فلا بدمعهم من معامله غير اهل الكتاب.

(فی حکم الکتابی اذا انتقل الی دین لا یقر علیه)

قال الشیخ فی الخلاف مسئله ۱۰۳ النکاح اذا کانت عنده یهودیه او نصرانیه فانتقلت الی دین لا یقر علیه اهله لم یقبل منها الا الاسلام اوالدین الذی خرجت منه و للشافعی فیه ثلاثه اقوال احدها مثل ما قلناه و الثانی لا یقبل منها الا الاسلام والثالث یقبل منها کل دین یقر اهله علیه و حکم نکاحها ان کان لم یدخل بها وقع الفسخ فی الحال و انکان بعده و قف علی انقضاء العده دلیلنا ان ما ذکرناه مجمع علیه و ما ادعوه لیس علیه دلیل.

و قال فی مسئله ۱۰۴ اذا انتقلت الی دین یقر علیه اهله مثل ان انتقلت الی الیهودیه او النصرانیه انکانت مجوسیه او کانت و ثنیته فانتقلت الی الیهودیه او النصرانیه اقررناها و للشافعی فیه قولان احدهما مثل ما قلناه والاخر لا یقرون علیه فاذا قال یقرون فلا کلام و

اذا قال لا يقرون ما الذى يفعل يها على قولين احدهما لا يقبل غير الاسلام و الثانى يقبل الاسلام اوالدين الذى كانت عليه لا غير فاذا قال تقر على ما انتقلت اليه فانكانت مجوسيه اقرت فى حقها دون النكاح فان كان قبل الدخول وقع الفسخ فى الحال و انكان بعده و قف على انقضاء العده و انكانت يهوديه او نصرانيه فانها تقر على النكاح و ان قال لا تقر على ما انتقلت اليه فهى مرتده فانكان قبل الدخول وقع الفسخ فى الحال و انكان بعده وقف على انقضاء العده دليلنا ان ما ذكرناه مجمع عليه و ما ادعاه ليس عليه دليل و ايضا الاصل بقاء العقد والحكم بفسخه فى الحال او فيها بعد يحتاج الى دليل - و قد استدل فى كتاب الجزيه فى مسئله ١٩ بعد نقل قول الشافعى بقوله «عليه السلام» بل الكفر مله واحده بدلاله انه يرث بعضهم من بعض و ان احتلفوا و عليه اجماع الفرقه انتهى.

و عن ابن الجنيد انه اذا انتقل بعض اهل الذمه من دينه الى دين اخروا الجزيه جايز قبولها من اهل الدين الذى انتقل اليه كما هو جايز قبولها ممن انتقل عنه جازا قراره على ذلك فان لم يكن يجوز اقراره عليه لم يقرو لا ابيح الرجوع الى ما يجوزا قراره عليه من دين اهل الكتاب و لا الى دينه الاول لانه بدخوله فيما لا يجوز اقراره عليه فقد اباح دمه و صار حكمه حكم المرتد الذى لا يقبل منه غير الاسلام انتهى - فهو مخالف الشيخ فى عدم جواز رجوعه الى دينه الاول و اشيخ يبيح ذلك فى الخلاف نعم هو قائل بعدم الرجوع الى دين آخر

غیر دینه الاول کما اذا اراد من کان نصرانیاً بعد رجوعه الی المجوسیته ـ الرجوع الی الیهودیه مثلا و ابن الجنید ینکر ذلک ایضا و یقول بعدم قبول شیی منه الا الاسلام نعم هما اتفقا علی الاقرار اذا انتقل من الیهودیه مثلا الی النصرانیه و الا جماع المدعی فی الخلاف موهون بعد تردده فی المبسوط فلا یمکن لاخذ به کما صنعه العلامه فی المختلف لان الاجماع الذی حاله علی هذا المنوال لا یمکن الاخذ به مع کون المبسوط متاخراً عن الخلاف.

و فی جهادالشرایع کل ذمی انتقل عن دینه الی دین لا یقرا هله علیه لا یقبل منه الا الاسلام او القتل امالو انتقل الی دین یقرا هله کالیهودی ینقل الی النصرانیه و المجوسیه قیل یقبل لان الکفر مله واحده و قیل لا لقوله تعالی و من یبتغ غیر الاسلام دینا فلن یقبل منه و ان عاد الی دینه قیل یقبل و قیل لا و هو الاشبه و لوا صر فقتل و هل یملک اطفاله قیل لا استصاحابا لحالتهم الاولی. فهو ایضا یخالف الشیخ فی الرجوع الی دینه الاول

و عن العلامه فی التذکره و فی التحریر اذا انتقل ذمی یقبل منه الجزیه الی دین یقراهله علیه بالجزیه کالیهودی نصرانیاً او بالعکس او مجوسیاً اوالنصرانی مجوسیا و بالعکس قال ابن الجنید یجوز ذلک و یقر علیه بالجزیه و قال الشیخ الذی یقتضه المذهب ان الکفر کالمله الواحده و لو قیل انه لا یقر علیه کان قویا و ذلک یدل علی تردده فی المسئله قال فاذا قلنا یقروانتقل اقر علی جمیع احکامه و ان

انتقل الى المجوسيه فكذلک و قال ايضا اذا انتقل الى دين يـقراهـله عليه فلا بحث مع القول بالاقرار و ان قلنا لا يقر فباى شيى يطالب منهم من يقول يطالب بالاسلام خاصه و منهم من يقول يطالب بالاسلام او بدينه الاول و تردد الشيخ هنا ـ و قال ايضا اذا النتقل الى دين لا يقر عليه اهله كاليهودى يصير وثنياً لا يقر عليه اجماعاً و قوى الشيخ انه لا يقبل منه الا الاسلام و قيل يطالب بالاسلام او بالرجوع الى دينه الاول و قيل او دين يقر اهله عليه و استضعفه الشيخ و ابن الجنيد انتهى و قريب منه ما فى التذكره و المنتهى.

و دليل الشيخ فى المبسوط على عدم القبول قوله تعالى و من يبتغ غير الاسلام دينا فلن يقبل منه و قوله﴿عليه السلام﴾ من بدل دينه فاقتلوه و ذلک عام الامن اخرجه الدليل و قد عرفت دعواه الاجماع على تسويغ الاقرار و اختاره العلامه فى المختلف فكيف كان فالمسئله ايضا اجتهاديه والقواعد تقتضى عدم القول مطلقا.

و قال فى المسالک فى وجه عدم القبول بعد عموم الايه و لا يلزم من جواز استدامته جواز ابتدائه لمعارضه الايه للثانى دون الاول و لان الاستدامه اقوى من الابتداء فلا يلزم من تاثير القوى فى الاقرار تاثير الضعيف فيه

و عن العلامه فى المختلف قبول قول الشيخ فى الخلاف يا دعاء الاجماع عليه و اما اذا تهود او تنصر قبل البعثه فالسيره الجاريه بين المسلمين قبول دينهم مطلقاً من غير فرق بين الدين المبدل اوالقديم

نعم اذا علم التهود بعد بعث عیسی «علیه السلام» فا لا قوی عدم القبول.

و فی القواعد ان کان الانتقال قبل المبعث و قبل التبدیل قبل و اقر اولادهم علیه و ثبت لهم حرمه اهل الکتاب و هل التهود بعد مبعث عیسی کهود بعد مبعث النبی فیه اشکال و ان کان بینهما فان انتقل الی دین من بدل لم یقبل و الا قبل و لوا شکل هر انتقلوا قبل التبدیل او بعده او علم و اشکل هل دخلوا فی دین من بدله او لا فالا قرب اجرائهم مجری الکتابیین انتهی.

والحق ان یقال ان دین عیسی «علیه السلام» بدل بعده بزمن قصیر لا یبلغ خمسین سنه علی ما قررناه فی رساله مفرده حول الاناجیل و یدل علیه الروایه الوارده فی عیون الاخبار عن الرضا «علیه السلام» حول فقد انجیل عیسی «علیه السلام» و ان العلماء الاربعه و هم متی و مر قابوس و لوقا و یوحنا و ضعوا انجیلاً آخر غیر الانجیل الاول و فی روایه وارده فی حق الیقین ان الپولس غیر دینهم فمع صحه ما ذکرناه لا یبقی ریب فی ان دینهم بدل بعد زمان عیسی و ان النصاری فی ارجاء العالم انما اختاروا لتنصر بعد التبدیل مع معالمه المسلمین من الزمن الاول معهم معامله النصاری من غیر سئوال و تفتیش عن احوالهم نعم التهود بعد العیسی کالتنصر بعدالمبعث.

و اما اذا تهودا و تنصر بعدالمبعث ای اختارو احداً من ادیان اهل الکتاب فالظاهر عدم قبول شیی منهم الا الاسلام للایه المتقدمه بل قیل بعدم الخلاف بل ادعاء الاجماع علیه.

قال فی التذکره توخذالجزیه ممن دخل فی دینهم من الکفار انکانوا قد دخلوا فیه قبل النسخ و التبدیل و من نسله و ذراریه و یقرون بالجزیه و لو ولد بعد النسخ، و لو دخلوا فی دینهم بعد النسخ فلم یقبل منهم الا الاسلام و لا توخذ منهم الجزیه عند علمائنا.

و به قال الشافعی لقومه﴿علیه السلام﴾ من بدل دینه قاتلوه و لانه ابتغی دینا غیرالاسلام فلا یقبل منه لقوله تعالی و من یبتغ غیر الاسلام دینا فلن یقبل منه.

و قال المزنی یقر علی دینه و تقبل منه الجزیه مطلقا لقوله تعالی و من یتولهم منکم فانه منهم.

والمراد المشارکه فی الاثم والکفر دون اقراره علی عقیدته و لا فرق بین ان یکون المنتقل الی دینهم ابن کتابیین او ابن و ثنیین او ابن کتابی و وثنی فی التفصیل الذی فصلناه.

و لو ولد بین ابوین احدهما توخذ منه الجزیه و الاخر لا توخذه ففی قبول الجزیه منه تردد، و قریب منه ما فی المنتهی.

و فی التذکره ایضا و لو غزا الامام قوما فادعوا انهم اهل الکتاب سالهم فان قالوا دخلنا قبل نزول القرآن قبل منهم الجزیه و ا ظهر منهم الکذب انتقض عهدهم و وجب قتالهم.

فمنه یظهر ایضا ان الواجب عدم قول شیی منهم غیر الاسلام و خالف الشیخ فی الکتابی المنتقل الی دین یقر علیه لا فی مطلق من اختار احداً من الادیان المنسوخه ـ فمن اختاره بعد الاسلام التنصر

او التهود بعد ما لم یکن له دین او کان و لکن لم یقر علیه -لم یقبل منه الا الاسلام و لا یستفاد من کلام الشیخ خلاف اصلا -الا ان کلماتهم و استدلالاتهم فی المسئله مختلفه و مشوشته بحیث یستدلون بشیی لا یلائم عنوان المسئله.

ثم انه اذا ادعی احدو احداً من الادیان الباطله فانظاهر هو الاخذ باقراره من غیر حاجه الی العلم بالتواترا والشیاع او ما یقوم مقامه من شاهده العدلین.

فما احتمله فی جامع المقاصد خلاف ما علیه من الیسره الثابته بین المسلمین من قبول الاقرار کاقرار و احد بالاسلام او بفرقه خاصه منه من غیر تردد فی ذلک.

و کیف کان فالعمده فی المقام هو القول بالانفساخ و لم یدل دلیل علیه و عدم قبول الدین اعم من ذلک فلا ینافی بقاء الانکاح و هو العمده فی المقام کما سیاتی الاشاره الیه فی انتقال زوجه الذمی الی غیر دینها والمختار فیه عدم انفساخ النکاح اذا کان الدین المنتقل الیه مما یقر علیه فی الاسلام ظ

(فى بيان حكم المرتد)

و لو ارتد احد الزوجين قبل الدخول وقع الفسخ فى الحال و سقط المهران كان من المراه و نصفه ان كان من الرجل ولو وقع بعد الدخول وقف الفسخ على انقضاء العده من ايهما كان و لا يسقط شيى من المهر لاستقراره بالدخول و ان كان الزوج ولد على الفطره فارتد انفسخ النكاح فى الحال و لو كان بعد الدخول لانه لا يقبل عوده انتهى.

والمراد من ارتداد احدالزوجين (فى كلام الاصحاب هو كونهما مسلمين قبل الارتداد لا ان يكون احدهما مسلما والاخر نصرانياً مثلا بدليل عطف جلمه من الاصحاب ارتداد كليها على ارتداد واحد منهما كما سياتى التنبه عليه

ثم ان الظاهر من الاصحاب عدم الفرق فى الفسخ بين ارتداد

الرجل والمرئه او هما معاً بین کونه عن فطره او عن مله اذا کان قبل الدخول.

فعن نکاح الخلاف المرتد علی ضربین مرتد عن فطره الاسلام فهذا یجب قتله و تبین امراته فی الحال و علیها عده المتوفی عنها زوجها والاخر من کان اسلم عن کفرثم ارتدو قد دخل فان الفسخ یقف علی انقضاء العده فان رجع فی العده الی الاسلام فهما علی النکاح و ان لم یرجع انقضت العده وقع الفسخ بالارتداد و به قال الشافعی الا انه لم یقسم المرتد.

و قال ابو حنیفه یقع الفسخ فی الحال و لا یقف علی انقضاء العده و لم یفصل ایضا دلیلنا اجماع الفرقه و اخبارهم انتهی.

و قریب منه ما فی کتاب الارتداد منه.

و یدل علی البینونه مطلقا فی المرتد الفطری موثقه عمار الساباطی قال سمعت ابا عبدالله «علیه السلام» کل مسلم بین مسلمین ارتد عن الاسلام و محمد رسول الله «صلی الله علیه و آله» نبوته و کذبه فان دمه مباح لمن سمع ذلک منه و امراته باینه منه یوم ارتد و یقسم ماله علی ورثته و تعتد امراته عده المتوفی عنها زوجها و علی الامام ان یقتله و لا یستتیبه ـ فان المراد بقوله (کل مسلم بین مسلمین) اما تولده من بین مسلمین او هو من المسلمین الثابت اسلامهم باعتبار فطرتهم لا کونه نصرانیاً قبل الاسلام ثم تنصر ـ فلم یفصل بین کونه قبل الدخول او بعده اوالمراد منه کل مسلم بین مسلمین متزوجین فلا

یستفاد منها حکم المراه اذا کانت کافره من اول الامر.

و صحیحه محمد بن مسلم قال سالت ابا جعفر﴿علیه السلام﴾ عن المرتد فقال من رغب عن الاسلام و کفر بما انزل الله علی محمد ﴿صلی الله علیه و آله﴾ بعد اسلام فلا توبه له و قد وجب قتله و بانت منه امراته و یقسم ما ترک علی ولده و هو ایضا مطلق من جهه کونه قبل الدخول (بناء علی ان یکون الولد من امراه اخری) او بعده لا انه یرفع الید عن اطلاقه بالنسبه الی الملی بعد الدخول لعدم البینونه فیه لا بعد انقضاء العده کما اتفق علیه الاصحاب فی الزوجه مطلقا و فی الزوج اذا کان ملیا فان رجع المرتد قبل انقضاء العده و الا انفسخ و ظاهر هم الاتفاق علیه و فی مقدار العده و عن الریاض بل صرح به جماعه و هو الحجه دون النصوص لعدم استفاده شیی منها.

فما فی حسنه ابی بکر الحضرمی عن الصادق﴿علیه السلام﴾ قال اذا ارتد الرجل المسلم عن الاسلام بانت منه امرته کماتبین المطلقه ثلثاً (و تعتد منه کما تعتدالمطلقه) فان رجع الی الاسلام و تاب قبل ان تتزوج فهو خاطب و لاعده علیها منه و انما علیها العده لغیره فان قتل او مات قبل انقضاءالعده اعتدت منه عده المتوفی عنها زوجها و هی ترثه فی العده و لا یرثها ان ماتت و هو مرتد عن السلام.

المراد من البینونه بمجرد الارتداد کماتبین المطلقه ثلثا محمول علی صوره عدم الرجوع الی الاسلام حتی خرجت عن العده و الافهی شاذه تحمل علی التقیه لحکایه مثل ذلک عن بعض العامه والمراد

منها الارتداد عن المله بقرينه التوبه لعدم التستابه فى المرتد الفطرى كما تقدم من موثقه عمار الساباطى و صحيحه محمد بن مسلم و على فرض الاطلاق فى الحسنه يرفع اليد عنه بقرينه ما سبق.

و اما حكم الزوجه قبل الدخول اذا كانت فطريه فحكمها حكم الفطرى بالاتفاق بين الاصحاب و كذلک اذا كانت عن مله.

نعم خبر مسمع بن عبدالملک عن ابى عبدالله﴿عليه السلام﴾ قال قال امير المؤمنين﴿عليه السلام﴾ المرتد (فى التهذيب عن الاسلام) تعزل عنه امراته و لا توكل ذبيحته و يستتاب ثلاثه ايام فان تاب و الا قتل يوم الرابع، و ان كان مختصا بالملى بقرنيه التوبه لا انه تلحق عليه المليه بالاجماع المركب كما ادعاه فى الرياض، الا فى القتل فانها لا تقتل بحال فى الرده.

كما فى صحيحه حماد عن الصادق فى المرتده عن الاسلام قال لا تقتل و تسخدم خدمته شديده و تمنع من الشراب والطعام الحديث

و روايه غياث ابن ابراهيم و صحيحه حريز الى غير ذلک فما فى صحيحه محمد بن قيس عن ابى جعفر من قضاوه على الى ان قال و انا احبسها حتى تضع فاذا ولدت قتلها لابد من حملها على نوع من التهديد حتى ترفع اليد عن ارتدادها و امثال هذه التهديدات فى القضاوه جايزه كما لا يخفى.

والحكم بالبينونه بمجرد الارتداد انما هو قبل الدخول مطلقا و اما

بعد الدخول فى الرجل الفطرى خاصه دون غيره مطلقا كما تقدم و اما اذا كان الارتداد بعدالدخول من الزوجه مطلقا او من الزوج من غير فطره فيتوقف انفساخ النكاح، على انقضاء العده و ظاهر الاصحاب ايضا الاتفاق على الحكم و مقدار العده كما تقدم و حمل روايه الحضرى على محامل او طحها الا انه لم يظهر اعراض الاصحاب عنها فلم لا يمكن الاخذ بمضومنها بعد عدم ثبوت طردها و عدم اجماع على خلافها كما سياتى.

ثم المترای من كلمات الاصحاب عدم الفرق بين ارتداد احدالزوجين اوكليهما بقرينه العطف عليه ففى الحدائق لووقع الارتداد منهما دفعه انفسخ النكاح اجماعا كما عن التذكره و فى الرياض عطف ارتداد كليهما معاً على ارتداد واحد منهما المذكور فى المتن و كذا قال فى الجواهر و الحجته فى تلك المسئله ايضا هو دعوى الاجماع المذكور فى التذكره و الا فليس فى شيى من الروايات الوارده فى ايدينا ارتداد كل واحد منهما معاً.

ثم ان المستفاد من كلماتهم خصوصاً بقرينه عطف ارتدادهما معاً على صوره ارتداد احدهما كون الارتداد بعد كونهما مسلمين معاً فلو كان احد الزوجين نصرانياً والاخر مسلماً فارتد عن الاسلام فالحكم بالبينونه لعدم تفوه به فى كلمات احد منهم بل عن الشرايع فى مسئله الخامسه من مسائل اختلاف الدين ما لفظه اذا ارتد المسلم بعد الدخول حرم عليه وطى زوجته المسلمه و قيد بالمسلمه

فی صریح عبارت التحریر ایضا فما یظهر من الجواهر من عطف غیر المسلمه علیه مما لا وجه له والمسئله سیاتی البحث عنها.

نعم الاطلاق موجود فی الروایات کما فی صحیحه محمد بن مسلم قال سالت ابا جعفر(علیه السلام) عن المرتد فقال من رغب عن الاسلام و کفر بما انزل علی محمد(صلی الله علیه و آله) بعد اسلامه فلا توبه له و قد وجب قتله و بانت منه امراته و یقسم ما ترک علی ولده.

من غیر تفصیل بین کون الزوجه مسلمه او نصرانیه و کذافی موثقه عمار الساباطی و امراته بانیه منه یوم ارتد.

و لا مانع من الاخذ باطلاقها الا ان المفروض فی روایه ابی بکر الحضرمی ارثها منه فی العده و عدم ارثه منها فهی مختصه بصوره کون الزوجه مسلمه بعدم ارث الکافر عن المسلم و لم یثبت اعراض الاصحاب عن روایه ابی بکر الحضرمی مع کونها مشتمله علی الانفساخ من حین الرده و مع احتمال ان الاصحاب جعلوا لاصل فی مسئله المرتد هو ما تقدم فی الکافر الغیر الکتابی من عدم جواز مناکحته بناء علی الاشتراک فی الکفر فبنوا الاحکام فی جمیع شقوقها المذکوره علی ذلک و ایدوه ببعض ما ورد فی احکام المرتد ـ کما یظهر من صاحب الحدائق احتماله فالاجماعات المذکوره فی المسئله ساقطه من اصلها لا یمکم الاعتماد علیها کما لا یخفی.

و اما المهر فان کان الارتداد من الزوج قبل الدخول بها فعلیه نصف المهر المسمی ان کان التسمیه صحیحه لان الفسخ کان من

قبله فاشته الطلاق فان کانت التسمیه فاسده فنصف مهرالمثل و ان لم یکن سمی شیئاً فالواجب الرجوع الی المتعه الوارده فیها (علی المقتر قدره و علی الموسع قدره) و اما ان کان من الزوجه فلا شیی لها لان الفسخ کان من قبلها کذا صرح به جمله من الاصحاب کالمحقق والعلامه و الشیخ فی ط حیث قال الفراق اربعه اضرب اما ان یکون من جهته بطلاق و لعان ورده و اسلام فان کان بالطلاق فلها المتعه بعموم الایه و ان کان باللعان او الارتداد او الاسلام قال قوم تجب المتعه لان الفراق من قبله و هوالذی یقوی فی نفسی و لو قلنا لم تلزمه متعه لانه لا دلیل علیه لکان قویا و اما من جهتها بارتداد او اسلام او بعتق تحت عبد فیختار نفسها او تجد به عیبا فتفسخ او لیجد هو بها عیبتا فانه و ان کان الفاسخ هو فهی المدلسه فالکل من جهتها فلامتعه لها فی ذلک کله انتهی.

لکن عن سیدالمدارک تعباً لجده فی المسالک و صاحب الریاض و جمله ممن تاخر ثوبت جمیع المهر فی صوره ارتداد الزوج لعدم دلیل علی التنصیف الا فی باب الطلاق اوالموت علی اختلاف فی الاخیر و اما الفسخ فلیس مثل الطلاق الاعلی وجه القیاس و لا نقول به، هذا کله علی ما ذکروه لکن ورد فی الصحیح عن السکونی عن ابیعبدالله﴿علیه السلام﴾ قال قال امیرالمؤمنین فی مجوسیه اسلمت قبل ان یدخل بهد زوجها فقال امیرالمؤمنین لزوجها اسلم فابی ان یسلم فقضی لها علیه نصف الصداق و قال لم یزدها الاسلام الاعزا.

والظاهر منها ان القضاوه علیه بنصف المهر باعتبار مجی الفسخ من قبله بعدم اسلامه بعد تکلیفه له بذلک فانه لو کان اسلم لکان علی نکاحها الاول فیکون من قبیل ما ذکرناه و من کون الارتداد من قبله الا انه یخالف ما فی صحیحه عبدالرحمن بن الحجاج عن ابی الحسن(علیه السلام) فی نصرانی تزوج نصرانیه فاسلمت قبل ان یدخل بها قال قد انقطعت عصمتها منه و لا مهر لها و لاعده علیها منه.

فان هذاه الرروایة و ان کانت فی النصرانیه والاولی فی المجوسیه الا انه لا یوجب فرقا بعد کونهما من اهل الکتاب - فلا بدفی المسئله من الرجوع الی الاصل من ثبوت جمیع المهر لثبوته بالعقد والتنصیف یحتاج الی دلیل.

و اما اذا قلنا بمضمون صحیحه ابن الحجاج فلا بدمن القول بالسقوط فیما نحن فیه بطریق اولی فان اسلامها اذا کان یسقط المهر فالسقوط بکفرها بطریق اولی اللهم الا ان یقال بکونها مختصه بموردها فیحکم بثبوت المهر کلیه فی صوره الارتداد بثبوت المهر بالعقد والفسخ انما هو من حین الارتداد و جعل الزوجیه کالعدم من حینه لا یوجب سقوط المهرا الثابت بالعقد و لیس الزوجیه کالبیع حتی یقال ان بالا قاله کل واحد من الثمن والمثمن یرجع الی صاحبه فالمهر فی المقام کالعوض فیرجع الی اصله - لان رکن الزوجیه هوالزوجین لا المهر لجواز عقد الدائم بلا مهروا شتراط عدم المهر صحیح علی ما قیل فما ثبت بالعقد لا وجه لزوا فمنه یظهر الکلام فی

صوره ارتداد کلیهما معاً فان الاصل بقاء المهر.

و اما بعدالدخول فیثبت المهر المسمی به او مهرا لمثل اذا لم یکن او کان و لم یکن صحیحا و ان لم یکن مهر فی البین فالمتعه کما تقدم علی تردد فی ثبوته فی المقام.

والذی یوضح الکلام ما نقله فی المختلف قال ابن حمزه یلزم المهر بنفس العقد و یستقر باحدثلثه اشیاء بالدخول و الموت ارتداد الزوج و فی مسئله اخری منه المضور عند علمائنا ان المراه تملک المهر بالعقد و یستقر بالدخول فاذا طلقها قبل الدخول رجع علیها بالنصّف ان کانت قبضته و قال ابن الجنید الذی یوجبه العقد من المهر المسمی النصف والذی یوجب النصف الثانی من المهر بعد الذی وجب بالعقد منه هوالوقاع او ما قام مقامه من تسلیم المراه نفسها لذلک لنا قوله تعالی و آتوا النساء صدماتهن نحله اضاف الصداق الهین والظاهر انه لهن و لم یفرق قبل الدخول و بعده و امر ایضا باتیانهن ذلک کله فثبت ان الکل لهن انتهی.

و هذا الکلام من العلامه و ادعاء الشهره فی قبال ابن الجنیدیدل علی ثبوت المهر بنفس العقد و لا دلیل علی رفع الید عنه فعلیه فارتدادهما او ارتداد واحد منهما لا یوجب رفع المهر الا ان یدل دلیل علیه.

واضف الی ذلک کله ان الفسخ انما هو یوجب ان یکون الزوجه اجنبیه و الملکیه مسلوبه فهو تصرف فی ناحیه مقتضی العقد لا

العقد نفسه فان العقد اوجب الملكيه والزوجيه و مقتاضا هما هو الدوام لا ان الدوام من مقتضى العقد فالشارع بلارتداد انما تصرف فى الزوجيه الحاصله بالعقد لا فى نفس العقد حتى يجعل العقد كلا عقد فى عالم الاعتبار فانه لا ربط بعالم التشريع فالذى يرتبط للشارع انما هو التصرف فى الزوجيه حتى يجعلها اجنبيه والملكيه حتى يخرجها عن ملک المالک فجمعيع التصرفات الواقعه من حين العقدالى حين الارتداد و كذا المنافع المستوفاه من حين العقد الى زمن الفسخ فهو من ملک الزوجه و كذا من ملک المشترى فى البيع على طبق القاعده.

والذى يتراى من كلام عده من الاصحاب سقوط المهر تعليلاً بان الفسخ اوالحدث جاء من قبلها و يدل على هذا التعليل جمله من الروايات المتضافره.

كما فى صحيحه الفضل بن يونس قال سالت اباالحسن موسى بن جعفر عن رجل تزوج امراه فلم يدخل بها فزنت قال يفرق بينهما و تحد الحدو لا صداق لها لان الحديث جاء من قبلها و فى صحيحه اسماعيل بن ابى زياد لان الحدث جاء من قبلها، و فى عده روايات اخرى اخذ هذا المضمون.

و عن الجعفريات اخبرنا محمد حدثنى موسى قال احدثناک (هذاه الكلمه لم تقرء فى المستدرک) عن ابيه عن جده جعفر بن محمد ابيه عن جده عن على (عليه السلام) قال اذا زنت المراه قبل ان يدخل بها زوجها

فرق بینهما و لا صداق لها لان الحدث جاء من قبلها، و فی کلمات القدماء ایضا یتراى ذلک.

فعن الصدوق فی المقنع اذا زنت المراه قبل دخول الزوج بها فرق بینهما و لا صداق لها لان الحدیث جاء من قبلها ثم روى الروایه عن علی ﴿علیه السلام﴾.

و عن الشیخ فی الخلاف کتاب الصداق مسئله ۶ اذا اصدقها صداقا ملکته بالعقد و کان من ضمانه ان تلف بعدالقبض فان دخل بها استقر و ان طلقها قبل الذخول بها رجع بنصف المهر المعین دون نمائه و به قال ابوحنیفه و اصحابه و الشافعی و قال مالک انما تملک بالعقد نصفه فیکون الصداق بینهما نصفین فاذا قبضه کان لها نصفه بالقبض (بالملک) والاخر امانه فی یدها لزوجها فان هلک من غیر تفریط هلک منهما فان طلقها قبل الدخول کان له اخذالنصف لان ملکه لم یزل عنه ـ و استدل بعد ذلک بالایتین المتقدمتین عن العلامه.

و فی التحریر ایضا المهر تملکه المراه بالعقد و لا یتوقف فی تملک جمیعه الى الدخول.

و من الاخبار التی یمکن الاستدلال بها على ثبوت المهر فی الجمله و لو قبل الدخول ما وراه الشیخ باسناده عن الحسن بن محبوب عن علی بن ابی حمزه عن ابی الحسن ﴿علیه السلام﴾ فی رجل یزوج مملوکا له امراه حره على ماه درهم ثم انه باعه قبل ان یدخل علیها فقال یعطها

سيده من ثمنه نصف ما فرض لها انما هو بمنزله دين له استدانه بامر سيده ـ فان المفروض فيها ان المهر بمنزله الدين.

و ما رواه فى الكافى صحيحاً عن عبدالحميد بن عواض قال سالت ابا عبدالله،(عليه السلام) عن الرجل يتزوج المراه فلا يكون عنده ما يعطيها فيدخل بها قال لا باءس انما هو دين عليه لها.

فان الصحيحه ناطقه بكون المهرديناً وان كان قبل الدخول لا انه دين فى صوره الدخول فان الجائى به هوالعقدليس الا.

و مع ذلک كله يرفع اليد عن متقضى الروايات فيما اذا ارتدت الزوجه قبل الدخول او بعده لان الفسخ جاء من قبلها و ان كان المرتد هو الزوج ففى صوره الدخول لا اشكال فى ثبوت المهر باجمعه بالدخول و اما اذا كان قبل الدخول فلا و جه لتنصيف المهر بعد ما كان ثابتاً بالعقد لان الفسخ جاء من قبلها فيوخذ بتمامه لا ان يدل نص او اجماع على التنصيف و مجرد تشبيهه باطلاق قياس لا نقول به.

و يويد عدم استحقاق الزوجه المهر فى صوره ارتداد قبل الدخول ما فى التحرير اذا قبضت الصداق ثم ارتدت قبل الدخول رجع بالمهر تخيرت بين ردالعين مع الزياده و بين ردالقيمه من دون زياده فانهاتدل ايضا على استحقاق المهر بالعقد فلذا تستحق الزياده المنفصله والمتصله فهى تعلن ايضا اين النكاح ليست مثل الفسخ اولا لاقاله فى البيع ليقتضى رد كل عوض الى صاحبه. هذا التوجيه

بناء على ان الفسخ من حينه لا من حين العقد و اما اذا كان من حين العقد و فرض العقد كلا عقد من راس فلا بد من رجوع المنافع المتصله و المنفصله الى الزوج.

ثم انه اذا ارتد المسلم بعد الدخول او قبله حرم عليه و طى زوجته المسلمه لانه بكفره يمنع من التناكح بينه و بين المسلمه بالادله السابقه و غيرها لعدم الزوجيه فى صوره عدم الدخول ح و كذا اذا كان الارتداد عن فطره بعد الدخول كما تقدم و اما ذا كان عن مله فعلى المشهور هى زوجه الى انقضاء العده على المشهور بناء على ثبوت الاعراض عن روايه الحضرمى فلووطئها بالشبهه الناشئه - عن الجهل بالمسئله كما هو الغالب بل المراد فى هذا المقام لعدم العلم بالانفساخ غالبا بالارتداد و لعدم العلم بالحرمه الى انقضاء العده و اما الغفله او النسيان فحكمه حكم الاشتباه فى ساير الموارد من ثبوت المهر للشبهه.

قال الشيخ فى صوره الشبهه عليه مهران الاصلى بالعقد والاخر للوطى بالشبهه و عن المحقق و غيره الاشكال عليه بانها فى حكم الزوجه اذا كانت عن مله.

فالرجوع فى هذه الصوره اما ان يكون فى العده فبناء على مذهب الشيخ يكشف ذالک عن كونها زوجه حال النكاح و ان بقى على كفره حتى مضت العده قال لان عدم عوده الى الاسلام كشف عن بطلان النكاح بالرده فكانت كالاجنبيه.

والذی تقدم من قول المشهور مع قطع النظر عن روایه الحضرمی عدم شیی علیه بالوطی لکونها زوجه و ان حرمت علیه وطیها و لهذا لو رجع لم یفتقر الی عقد جدید بل یبنی علی الول فیدل علی بقاء حکم النکاح الول کالمطلقه الرجعیه.

و قال فی المسالک و لعله الاقوی و قال ایضا بعدم الحد علیه فی صوره الوطی فهو ایضا یکشف عن بقاء الزوجیه الی خروج العده.

ثم انه ذکرالشیخ فی الخلاف مسئله ۷۰ کتاب النکاح اذا کانت عنده زوجه فزنت لا ینفسخ العقد والزوجیه باقیه وبه قال جمیع الفقهاء و قال الحسن البصری تبین منه و روی ذلک عن علی علیه الصلوه و السلام و استدل علی ذلک باجماع الفرقه و اخبارهم و ان الاصل بقاء النکاح و احتیاح الا نفساخ الی دلیل انتهی.

فان ادعاء الاتفاق منه لا یلائم الروایات الداله علی الانفساخ اللهم الا ان یرفع الید عن مضمونها بالنسبه الی الانفساخ فقط لکن یوخذ - التعلیل الوارد فیها من عدم مهر لها قبل الدخول فهذا الوجه ایضا لا یلائم ما ذکروه من ان الطلاق قبل الدخول یوجب التنصیف و لم یردای و جه لتخصیص قوله تعالی و ان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن و قد فرضتم لهن فریضه فنصف ما فرضتم و التفصیل بین کونها زانیه او غیر زانیه لا وجه له والاخذ بالتعلیل الوارد فی الروایات مع عدم عمل لها فی المورد مما یوجب الوهن و الضعف فیها مع تضعیف غیرو احد منهم لها و ان کانت صحیحه اصطلاحا.

و فی الختلف ص ۷۹ النکاح قال سلاروان زنت امراتـه لم یـحرم علیه الا ان تصروا الاستثناء یقتضی التحریم مع الاصرار و هذا قد اخذه من الشیخ المفید فانه قال اذا کان للرجل امراه ففجرت و هی فی بیته و علم ذلک من حالها کان بالخیاران شـاء امسکـها و ان شـاء طلقها و لم یجب علیه لذلک فراقها و لا یجوز له امساکها و هی مصره علی الفجور فان ظهرت التوبه جازله المقام علیها و ینبغی ان یعزلها بعد ما وقع من فجورها حتی تستبرء و قال ابن حمزه فاذا اصـرت المراه عند زوجها علی الزنا انفسخ نکاحها علی قول بعض الصاحب انتهی.

و هـذاالکـلام یـفید ثـبوت الاعـراض عـن الروایـات السـابقه مخصوصاً مع الصرار علی الزنا کما افتی به المفید ایضا و تـبعه سلار فبعد کون المسئله اجتهادیه فهو یـقتضی القـول بـالانفساخ بـالنصوص و امـا قـوله الحـرام لا یـحرم الحـال یـرفع الید عـنه بالنصوص الصحیحه، هذا غایه التوجیه و لا یظهر من عباره المفید و سلار ایضا انفساخ الزوجیه حتی فی صوره الصرار و نسبه ابن حمزه الانفساخ الی بعض الاصحاب لعله من جهه الاجتهاد و انه فهم من التفریق الواقعه فی کلام الصدوق او من من کلمه (ترد) الواقع فی عباره المفید فلا یبقی القول بالانفساخ جزماً الا عن الحسن البصری والروایات متضافره علی بقاء الزوجیه کما تقدم منا مفصلا و فـی خصوص المسئله عن ابن حمزه القول بالانفساخ و عدم المهر لاجل

کون الفسخ من قبل المراه.

و اذا اسلم زوج الکتابیه فهو علی نکاحه سواء کان قبل الدخول و بعده.

والمراد من الزوج اعم من ان یکون کتابیاً او وثنیا بعد کون الزوجه کتابیه و بقاء النکاح فی هذه المسئله موضع وفاق (و ان منعنا عن ابتدا النکاح) سواء کان قبل الدخول او بعده و سواء کان قبل الاسلام کتابیا اولا.

فعن التحریر اذا اسلم زوج الکتابیه دونها فهو باق علی نکاحها سواء اسلم قبل الدخول او بعده و یجوز له نکاحها بالعقد السابق مع کفرها و یکون حکمها ما تقدم سواء کانا فی دارالاسلام او فی دار الحرب او اختلف الدار ان بهما انتهی.

و فی الحدائق هو موضع وفاق من العلماء المجوزین نکاح الکتابیه والمانعین و محل الخلاف المتقدم انما هو فی ابتداء نکاح المسلم الکتابیه دون استدامته قالوا و لا فرق بین ان یکون الزوج کتابیاً او غیر کتابی من اصناف الکفار.

و عن الریاض اجماعاً و عن الجواهر بلا خلاف اجده بله فی المسالک و غیرها الاجماع علیه الی غیر ذلک من کلماتهم و العمده فی المسئله ذکر الاخبار الداله علیها بالخصووص او بنحوالعموم فمن الروایات.

ذیل صحیح عبداله بن سنان عن ابی عبدالله(علیه السلام) قال اذا

اسلمت امراه و زوجها على غير الاسلام فرق بينهما و سالته عن رجل هاجر و ترك امراته فى المشركين ثم لحقت به بعدا يمسكها بالنكاح الاول او تنقطع عصمتها قال يمسكها امراته.

قوله ترک امراته فى المشركين المراد به اعم من ان يكون وثينا او من اهل الكتاب خصوصا بملاحظه زمان السئوال الذى قل فيه الوثنى بل المشركين بعقيده السائل اعم من الكتابى و غيره و خصوصا بقرنيه ما ورد فى دعائم الاسلام عن جعفر بن محمد عليهما السلام انه قال اذا خرج الحربى الى دار السلام فاسلم ثم لحقته امراته فهما عن النكاح فيحتمل قريبا ان يكون ما رواه فى الدعائم هو هذه الرواية و نقله بالمعنى بما فهم من المشرک الحربى كمت لا يخفى و استدل بهذه الروايه فى الحدائق و الجواهر مع انه لو اخذ بمضمونها و انجمد عليه لا يكون داله على حكم الكتابى الا ان يستفاد حكمه بالطريق الاولى، فالمشركين اما ان يكون المراد منهم الاعم من اهل الكتاب و غيره فيقيد بالنسبه الى المرئه المشركه بعد انقضاء العده التى يقال فيها بالانفساخ اذا لم تسلم و اما ان يكون اهل الكتاب الحربى فلا يحتاج الى تخصيص و يكون دليلا بعنوان المسئله التى ذكروها فى اسلام زوج الكتابيه مطلقا.

و ما رواه فى الكافى عن على ابن ابراهيم عن ابيه عن ابن ابى عمير عن بعض اصاحبه عن محمد بن مسلم عن ابى جعفر قال ان اهل الكتاب و جميع من له ذمه اذا اسلم احدالزوجين فهما على نكاحهما و

لیس له ان یخرجها من دار الاسلام الی غیرها و لا یبیت معها باللیل و اما المشرکون مثل مشرکی العرب و غیرهم فهم علی نکاحهم الی انقضاء العده فان اسلمت المراه ثم اسلم الرجل قبل انقضاء عدتها فهی امرته و ان لم یسلم الا بعد انقضاء العده فقد بانت منه و لا سبیل له علیها و کذلک جمعیع من من لاذمه له.

الا ان الروایه بصدد بیان حکم الذمی من اهل الکتاب و غیره. وعدم الالتزام به فی صوره اعلام الزوجه الکتابیه و زوجها کتابی خصوصاً قبل الدخول الذی یقولون فیه بالنفساخ بمجرد اسلام الزوجه لا یوجب مناقضه فی دلاله الروایه بالنسبه الی حکم الزوج اذا سلم و زوجتها لم تسلم حتی یالنسبه الی بعد النقضاء العده.

و روایه محمد بن عیسی العبیدی (الذی اختلف فیه العلماء مع کونه مقبول الروایه) عن یونس قال الذمی تکون عنده المراه الذمیه فتسلم امراته قال هی امراته یکون عندها بالنهار و لا یکون عندها باللیل قال فان اسلم الرجل و لم تسلم المراه یکون الرجل عندها باللیل و النهار و اما الذیل هذه الروایه فیدل بالصراحه علی بقاء النکاح بالسلام الرجل دون المراه سواء کان قبل الدخول او بعده نعم لابد من التقیید فی صدرها بناء علی ان اسلام الزوجه بعد الدخول ینتظر فیه خروج العده فبعدالانقضاء ینفسخ الزوجیه فهو خاطب من الخطاب.

و خروج صوره عدم الدخول عنها یخصص بعدم دخول فیها

باعتبار قوله تكون عنده المراه فمن البعيد ان يحكون عنده المراة و لم تدخل بها و ان ابيت عن ذلك فيرفع اليد عنها بصوره عدم الدخول و بصوره الدخول الى انقضاء العده فيوخذ بها بالنسبه الى بقاء الزوجه الى انقضاء العده و يوخذ بالذيل من دون تخصيصت الا انه مختص بالذمى صدرا و اما الذيل فانه مطلق من غير اختاصصه بالذمى الا ان يدعى ان الذيل ايضا يبين حكم ما ذكره بالصدر و هو الذمى.

واضف الى ذلك ما رواه فى دعائم الاسلام عن على«عليه السلام» انه قال فى حديث و اذا اسلم الرجل وامراته مشركه فان اسلمت فهما على النكاح و ان لم تسلم واختار بقائها عنده ابقاها على النكاح ايضاً و عن النبى«عليه السلام» اذا اسلم المشرك و عنده امراه مشركه فلا باس بان يدعها ان ذغب فيها لعل الله ان يهديها، بناء على شمول المشركه لاهل الكتاب لكنه بعيد خصوصا بالنسبه الى الروايه الخبره.

والذى يخالفه من الاخبار المتقدمه فى المجوسيه فقط ما رواه فى يب عن ابن محبوب عن معويه ابن حكيم عن محمد بن خالد الطيالسى (الذى لم يرد فيه توثيق لا انه كثيرا الروايه) عن ابن رئاب و ابان جميعا عن منصور بن حازم عن ابى عبدالله«عليه السلام» قال سالت ابا عبدالله عن رجل مجوسى كانت تحته امراه على دينه فاسلم او اسلمت قال ينتظر بذلک انقضاء عدتها فان هو اسلم او اسلمت قبل ان تنقضى عدتها فهما على نكاحهما و ان هو لم يسلم حتى تنقضى

العده فقد بانت منه ـ و فی بعض نسخ الوسائل الموجود عندنا (و ان هی لم تسلم مع کون العطف فی الثانی بالواو والذین ذکرنا انفا انما هو من نسخه الوافی و هو اصح عندنا من الوسائل واضبط.

و فی روایه اخری عنه قال سالت اباعبدالله عن رجل مجوسی او مشرک من غیر اهل الکتاب کانت تحته امراه فاسلم اواسلمت ثم ذکر مثله الحدیث.

بیان المخانقه فی روایه منصور بن حازم من جهته کون النسخه بالضمیر المونث (و ان هی لم تسلم) حتی یحکم بالافتراق بعد انقضاء العده اذا کان الزوج اسلم قبل الزوجه و لم تسلم المراه حتی تنقضی العده مع ان الروایات المتقدمه کانت داله علی بقاء الزوجیه فی هذه الصوره.

و اما بناء علی کون النسخة هی ما ذکرناه من الوافی و هو (و ان هو لم یسلم حتی تنقضی العده) فلا یخالف شیئا من الرویات فان اسلام الزوج فی هذه الصوره بعد انقضاء العده و کانت الزوجه اسلمت قبل اسلام الزوج ـ اللهم الا ان یحمل عدم اسلامه او اسلامها قبل انقضاء العده علی المثال من عدم الفرق بینهما فیخالف الروایات السابقه فی صوره اسلامه بعد اسلامهاحتی تنقضی العده فمتقضی الروایه هو الحکم بالفسخ دون الروایات السابقه لکن اثبات. کون النسخه علی طبق الضمیر المونث اوالمثال دونه خرط القتاد. و سیاتی البحث ایضا حول دلاله الروایه فی اسلام الزوجه

بعد الدخول و اسلام الزوج بعدها ـ لكن مع ذلك لا مانع من الخذ بمضمون الروايتين فى المجوسى كما فى الخلاف و المبسوط فايهما اسلم قبل الدخول بها وقع الفسخ و انكان بعده وقف على انقضاء العده لا ان صحيحه محمد بن مسلم بقوله (و جميع من له الذمه) لا يقبل التخصيص لكونه كالتصريح بالمجوسى بعدالتصريح بالكتابى فكانها مفصله بين من له الذمه مطلقاً و بين من لا ذمه له مطلقا، و بين من لا ذمه له مطلقا، و مع التعارض الترجيح بالصحيحه اولى كما الحق الشيخ المجوسيه فى هذا الحكم و لو اسلم زوجه قبل الدخول الفسخ العقد و لا مهر، ان كان الضمير عايدا الى الزوج سواء كان كتابياً او غير كتابى يكون موضوع المسئله اعم الا انه لا يلائم العباره والذى يقتضى ظاهرها كون الضمير راجعاً الى الكتابى فهو اخص مما جعلوه عنوانا للمسئله والزوجه اعم من ان يكون كتابيه او وثنيه بعد فرض الزوج كتابيا.

قال فى الخلاف مسئله ١٠٥ نكاح اذا كانا وثنيين او مجوسيين او احد هما مجوسياً والاخر وثنياً فايهما اسلم فان كان قبل الدخول بها وقع الفسخ فى الحال و انكان بعده وقف على انقضاء العده فان اسلما قبل انقضائيها فهما على النكاح و ان انقضت العده انفسخ النكاح و هكذا اذا كانا كتابيين فاسملت الزوجه سواء كان فى دار الحرب او فى دار الاسلام و به قال الشافعى و قال مالك اذا اسلمت الزوجه مثل ما قلناه و ان اسلم الزوج وقع الفسخ فى الحال سواء كان

قبل الدخول او بعده و بعد نقل قول ابی حنیفه الفارق بین کون الزوجین فی دارالحرب فالفسخ یقع بخروج العده و ان کانا ذمیین لم یقع الفسخ فی الحال و لا یقف علی انقضاء العده ثم استدل باجماع الفرقه و اخبارهم و ان الاصل بقاء العقد و بما فعله النبی مع ابی سفیان و زوجته.

والغرض من نقل کلام الشیخ التنبیه علی وجود مخالفه العامه فی المسئله و احتمال التقیه فی بعض الروایات المطلقه لاجل موافقتها لفتوی ابی حنیفه کما سیاتی.

و من الروایات الداله علی الانفساخ قبل الدخول باسلامها صدر صحیحه عبدالله بن سنان عن ابی عبدالله «علیه السلام» قال اذا اسملت امراه و زوجها علی غیرالاسلام فرق بینهما الا این اطلاقها بالنسبه الی المدخول بها یقیید بما یدل علی بقاء الزوجیه الی انقضاء العده حتی بالنسبه الی المشرکه بعدالدخول کما ان اطلاقها بالنسبه الی الکتابی مطلقا محکمه و لا یتوهم اختصاصها بالمشرک یعنی الوثنی کما تقدم.

و صحیح عبدالرحمن بن الحجاج عن ابی الحسن «علیه السلام» فی نصرانی تزوج نصرانیه فاسلمت قبل ان یدخل بها قال قد انقطعت عصمتها منه لا مهر لها و لاعده علیها منه ـ و یستفاد عدم المهر من هذا الصحیحه.

و صحیح السکونی عن ابیعبد الله «علیه السلام» قال قال امیرالمؤمنین

فی مجوسیه اسلمت قبل ان یدخل بها زوجها فقال امیرالمؤمنین لزوجها اسلم فابی ان یسلم فقضی لها علیه نصف الصداق و قال لم یزدها الاسلام الاعزاً فان دلاله الروایه علی النفساخ مما لا خدشه فیه و عدم العمل بهذه الروایه کما ادعاه فی الجواهر بالنسبه الی تنصیف المهر و اختصاصها بالمجوسیه کاختصاص الثانیه بالنصرانیه لا یضر بعد عدم القول بالفصل بین الکتابی مطلقا کما ان اختصاص صحیحه ابن سنان بالذمی کالاخیره لا یوجب الاختصاص فالحکم فی هذه المسئله ایضا مما لا اشکال فیه.

و ان کان اسلامها بعدالدخول وقع الفسخ علی انقضاء العده

و لا فرق فی ذلک بین ان یکون الزوج کتابیاً او وثنیاً امّا اذا کان وثنیا فهو موضع وفاق و اما اذا کان کتابیاً فهو اصح القولین کما فی المسالک ـ و یدل علیه ایضا ما قدمناه من عباره الخلاف و به قال ابن البراج و ابن ادریس و العلاقه فی المختلف و التحریر و استدل علیه فی الاول بایه نفی السبیل و روایه احمد بن ابی نصر و فی التحریر قال و لو اسلمت الکتابیه دون زوجها فان کان قبل الدخول انفسخ العقد و لا مهر لها و ان کان بعده انتهزاهده الطلاق فان اسلم فیها کان النکاح باقیاً و ان انقضت علی کفره بانت منه و لها المهر.

الا ان الشیخ قده ذهب فی النهایه و فی کتابی الاخبار الی بقاء الزوجیه بعدالدخول و قال و اذا اسلمت زوجه الذمی و لم یسلم الرجل و کان الرجل علی شرایط الذمه فانه یملک عقدها غیرانه لا

یمکن من الدخول الیها لیلا و لا من الخلوه بها و لا من اخراجها من دارالهجره الی دارالرحب.

و فی محکی السرائر قول الشیخ مما یضحک الثکلی ان کانت زوجه فلا یحل ان یمنع منهاثم ان منع من الدخول الیها کانت نفقتها ساقطه لانها فی مقابله الاستمتاع و هو لا یتمکن منه فیسقط عنه و اجاب العلاقه فی المختلف عنه بقوله هذا جهل منه و جراه عظیمه علی شیخنا المقدم فی جمیع العلوم و تسلطه بمثل هذاالکلام عظیم خصوصا و قد ذکر فی مواضع ان النهایه کتاب خبر فای غضاضه علی الشیخ فی الروایه التی ینقلها فای دلیل قادا لی التلازم بین الزوجیه و عدم المنع منها فکثیر من الزوجات یمنع عن زوجه و امر النفقه ظاهر فان الامتناع جعل منه او من الشارع فاشبه المرتد و صاحب الحیض و کما فی زمان العده للانتضار انتهی و کیف کان یدل علی بقاء الزوجیه حتی بعد انقضاء العده.

صحیحه جمیل بن دراج عن بعض اصحابنا عن احدهما(علیه السلام) انه قال فی الیهودی و النصرانی والمجوسی اذا اسلمت امراته و لم یسلم قال هما علی نکاحهما و لا یفرق بینهما و لا یترک ان یخرج من دار الاسلام الی الهجره.

فان هذه الروایه مختصه بالذمی لکن یرفع الید عن اطلاقها بما یاتی و علی فرض اطلاقها لما قبل الدخول یرفع الید عنه بما تقدم.

و صحیحه محمد بن مسلم عن ابی جعفر(علیه السلام) انه قال فی

اليهودى و النصرانى والمجوسى اذا اسلمت امراته و لم يسلم قال هما على نكاحهما و ليس له ان يخرجها من دارالاسلام الى غيرها و لا يبيت معها و لكنه ياتيها بالنهار و ام المشركون مثل مشركى العرب و غيرهم فهم على نكاحهم الى انقضاء العده فان اسلمت المراه ثم اسلم الرجل قبل انقضاء عدتها فهى امراته و ان لم يسلم الا بعد انقضاء العده فقد بانت منه و لا سبيل له عليها و كذلك جميع من لا ذمه له.

اقول والذى يختلج فى البال ان تقييد صدر هذه الروايه يوجب عدم التفصيل بين حكم المشركين و من لاذمه له و بين من له ذمه فانها بصدد بيان الفرق بينهما فاذا حملناها على بقاء الزوجيه الى انقضاء العده فما الفرق بين الصدر و الذيل والفرض ان التفصيل قاطع للشركه لا انه يمكن ان يقال انه ماالدليل على كون الصدر والذيل صدرا فى مجلس واحد فمن المحتمل ان يكون الصدر صدر فى مجلس والذيل فى مجلس والذيل فى مجلس آخر فانضمام احدهمبا الى الاخر انما هو من جهت الرواه و ان كان فيه من البعد ـوا طلاقها بالنسته الى صوره عدم الدخول حكمه ما تقدم.

و صحيح يونس قال الذمى تكون عنده المراه الذميه فتسلم امراته قال هى امراته يكون عندها بالنهار و لا يكون بالليل فان اسلم الرجل و لم تسلم المراه يكون الرجل عندها بالليل والنهار.

و لا يضر بصحه الروايته المتقنه عن المعصوم فمن مثل العبيدى

فی الوثاقه ـ والمسئول عنه فیها انما هوالمعصوم ففی غایه البعدان یکون غیره.

فالروایه علی فرض اطلاقها بالنسبه الی غیر المدخوله یرفع الید عنها و کذلک اطلاقها بالنسبه الی بقاء الزوجیه و اما الروایات الداله علی التفصیل.

منها صحیح ابن ابی نصرالبزنطی قال سالت الرضا عن الرجل تکون له الزوجه النصرانیه فتسلم هل یحل لها ان تقیم معه قال اذا اسلمت لم تحل له قلت فان الزوج اسلم بعد ذلک یکونان علی النکاح قال لا یتزوج جدید ـ هذا علی بعض نسخ الوسائل ـ قال فی الوافی و فی بعض النسخ لا یتزوج جدید و فی بعضها بالتائین الفوقانیتین و نصب جدیداً و علی النسختین فکلمه لا منفصله و علی الاخیره یحتمل اتصالها و ان بعد.

و فی حاشیه الحدائق و نحو هذا الخبر ما رواه الحمیری فی کتاب قرب الاسناد عن احمد بن محمد بن عیسی عن البزنطی قال سمعت رجلا یسئل ابالحسن الرضا(علیه السلام) النصرانی تسلم امراته ثم یسلم زوجها ایکونان علی النکاح الاول قال لا یجددان اخرو هذا الخبر ایضا لا یخلو من اشکال الخ انتهی.

فمع قطع النظر عن الاشکال من جهته اختلاف النسخ و حمل الروایه علی تجدید النکاح کما عن غیروا احد منهم العلامه فلا یخلوا طلاقها من اشکال لشموله لما قبل الدخول و بعده و حملها علی عدم

الحلیه بعد انقضاء العده فی صوره الدخول و بعد الاسلام فی صوره عدم الدخول فی غایه البشاعه کما لا یخفی.

لکن الذی یوجب رفع الخدشه هو کون المفروض فی الروایه هو المراه المدخول بها کما یدل علیه قوله (یکون له الزوجه النصرانیه) فان السئوال عن حکم امراه التی کانت عنده مده من الزمن فاخراج غیر المدخول بها موضوعی بناء علیه.

فیرفع الیدعن اطلاقها بالنسبه الی انقضاء العده فیقید بها الروایات المطلقه السابقه اضف الی ذلک دم القائل بانفساخ الزوجیه بعدالدخول قبل انقضاء العده فان الشیخ فی النهایه ذهب الی بقاء الزوجیه بعده و فی الخلاف ذهب الی بقائه الی انقضاء العده فعلی فرض دلالتها علی الانفساخ قبل انقضاء العده لابد من طرحها لعدم قائل به اصلا فلا بدمن الحمل علی الانفساخ بعد انقضاء العده.

و بعباره اخری ان الاجماع المرکب و هو القول ببقاء العقد الی انقضاء العده او بقاء العقد مطلقا قائم علی بطلان القول بالانفساخ قبل زمان الانقضاء فلا یحمل علیه الروایه.

ثم ان المراد من عدم الحلیه عدمها باعتبار انفساخ الزوجیه کما هو الظاهر و لیس المراد منه حرمه التمکین حتی لا ینافی بقاء الزوجیه فبالنتیجه لایکون مخالفه للروایات الداله علی بقاء الزوجیه کما هو مستند الشیخ.

و من الروایات المفصله صحیح السکونی عن جعفر عن ابیه عن

علی ان امراه مجوسیه اسلمت قبل زوجها فقال علیه‌السلام لزوجها اسلم قال لا ففرق بینهما ثم قال ان اسلمت قبل انقضاء عدتها فهی امر تک وان انقضت عدتها قبل ان تسلم ثم اسلمت فانت خاطب من الخطاب.

هذه الروایه اصرح من السابقه فی التفصیل لا انها مختصه بالذمی لکون الواقعه کانت فی زمن علی والمجوسی کان فی الکوفه لکنها مختصه بالمجوسیه لکنهم لا یفرقون فیما ذکرناه بین المجوسیه و غیرها فی التفصیل فیما قبل الدخول باسلام الزوجه قبل الزوج کما تقدم عن الشیخ.

و منها روایه منصور بن حازم قال سالت ابا عبدالله علیه‌السلام عن رجل مجوسی تحته امراه علی دینه فاسلم او اسلمت قال ینتظر بذلک انقضاء عدتها فان هو اسلم و اسلمت قبل ان تنقضی عدتها فهما علی نکاحهما الاول و ان هو لک یسلم حتی تنقضی العده فقد بانت منه (بناء علی کون الضمیر مذکراً کما ذکرناه لا بناء علی کونه موئنثا کما فی نسخه الوسائل الموجود ـ عندنا).

اقول یحتمل ان یکون مورد السئوال هو اسلام الزوج ثم اسلام الزوجه بعده و علیه یکون العطف بالواو فی موضعین فان نسخه الوسائل بالواو فی الثانیه کما ذکرناه فیمکن ان یکون فی الولی ایضاً (واوا) (لکن نسخه الوافی العطف به (او) فی الموضعین.

فعلی (الواو) فی موضعین یکون الروایه مبینه لحکم الزوج بعد

اسلام زوجها و تفصيفلا بين انقضاء العده و عدمها فتكون مخالفه لما قدمناه من الروايات الداله على بقاء الزوجيه باسلام الزوج مطلقا كما فى صحيح ابن سنان و ذيل صحيح يونس ـ و على كون النسخه ـ او يكون اسلام احدهما من باب المثال فيكون فى حكمه اسلام الزوجه بعد اسلام الزوج بعد اسلام الزوجه فيدل على التفصيل الذى ذكره المضور تبعا للشيخ لكن اثبات واحد منهما فى غايه الاشكال.

ثم انه هل يمكن تقييد الروايات السابقه الداله على بقاء الزوجيه بهذهالروايات المفصله حتى يكون دليلا على المشورا و تقييد هذاه الروايات بغير الذمى فالذمى يبقى على الزوجيه مطلقا والشاها على هذا الجمع الاخير هو صحيح محمد بن مسلم عن ابى جعفر المفص بين المشرک و غير الذمى كما تقدم حتى يكون النتيجه موافقه لما ذكره الشيخ فى النهايه مع كون الروايات الداله على البقاء كالصريخ فيه لكن الذى يويد رفعاليد عن اطلاقها لموافقتها لفتوى ابى حنيفه و من تبعه على ما ذكره الشيخ فانهم قالوا بان الزوجين انكانا فى دار الاسلام بعقد ذمه او معاهده فمتى اسلم احدهما لم يقع الفسخ فى الحال سواء كان قبل الدخول او بعده و لا يقف على انقضاء العده فلوبقيا سنين فهما على النكاح لكنهما لا يقران على الدوام على هذاالنكاح بل يعرض الاسلام على المتاخر منهما فان اسلم فهما على النكاح و الا فرق بينهما ثم نظر فان كان المتاخر هو الزوج فالقرقه طلاق و انكان المتاخر هو الزوجه فالفرقه فسخ انتهى.

فانه مما یوجب الوهن فی صراحه اطلاق ما دل علی بقاء الزوجیه

-و بالجمله یدور الامر بین امرین احدهما حفظ الاطلاق فی الروایات الداله علی بقاء الزوجیه کروایه یونس و محمد بن مسلم و جمیل بن دراج و حمل صحیحه ابن ابی نصروا السکونی و منصور بن حازم علی غیر الذمی و الشاهد علی هذا الجمع صحیح محمد بن مسلم او حمل اطلاق الطائفه الاولی علی انقضاء العده و تقیید الطائفه الثانیه علی الذمی کما هو صریح بعض و ظاهر بعض اخروا الشاهد علی هذا الجمع ایضاً فتوی الحنیفه القائلین ببقاء الزوجیه مطلقاً.

و اما اختصاص الطائفه الداله علی التفصیل بغیر الذمی حتی یخرج بذلک من التعارض و یا باه ظاهرها الداله علی دخول الذمی فی موضوعها کما اشرنا الیه فالحق ما ذکره المشهور فی التقیید، باعتبار موافقه اطلاق ما تقدم من فتوی ابی حنیفه و غیرها و مع التعارض ایضاً یرجع المقید علی المطلق.

و اما غیر الکتابیین فاسلام احدالزوجین موجب لا نفساخ العقد فی الحال ان کان قبل الدخول و ان کا بعده وقف علی انقضاء العده

والمراد من غیر الکتابیین کونهما معا کذلک و الافیشمل العباره بما اذا کان احدهما و ثنیاً والاخر کتابیاً فان الزوج الوثنی اذا اسلم و زوجته کتابیه لا یحکم بانفساخ النکاح قبل الدخول و کذا اذا کانت الزوجه وثنیه و زوجها کتابی فانه بعد اسلامها یاتی الخلاف السابق فیها.

فالمئاد من العباره اما الوثنيين او ما يشمل غيرالكتاببين من اصناف الكفار فالاحسن ما ذكره فى الرياض بقوله و لو اسلم احد الزوجين الوثنيين معاً المنسوبين الى عباده الوشن و هو الصنم و كذا من بحكمهما من الكفار غيرالكتابيين و كان الاسلام قبل الدخول بطل النكاح انتهى.

قالوا والدليل على الانفساخ فى الصوره الاولى لان المسلم ان كان هو الزوج استحال بقائه على نكاح الكافره غير الكتابيه لتحريمه ابتداء و استدامه اجماعا و ان كان الزوجه فاظهر ذلا سبيل للكافر عليها و قد عرفت عباره شيخ الطائفه قده فى ما تقدم بقوله اذا كانا و ثنيين او مجوسيين او احدهم مجوسياً والاخر وثنياً فايهما اسلم فان كان قبل الدخول بها وقع الفسخ فى الحال و ان كان بعده وقف على انقضاء العده فان اسلما قبل انقضائها فهما على النكاح و ان انقضت العده انفسخ النكاح ـ و استدل على ذلك باجماع الفرقه و اخبارهم.

و قال فى التحرير، غير الكتابيين من اى اصناف الكفار كانوا اذا اسلم احدالزوجين منهم فان كان قبل الدخول انفسخ النكاح فى الحال سواء كان المسلم الرجل اوالمراه و لو كان بعد الدخول انتظرت العده فان اسلم الاخر فيها كان النكاح باقياً و الا انفسخ العقد ولا فرق بين ان يكون المسلم الرجل اوالمراه ولا اعتبار بالدار فى هذا الحكم.

و يدل عليه من الاخبار ما رواه فى الكافى عن محمدبن يحيى عن

عبدالله بن محمد عن علی بن حکم عن ابان عن منصور بن حازم قال سالت ابا عبدالله علیه‌السلام عن رجل مجوسی او مشرک من غیر اهل الکتاب کانت تحته امراه فاسلم او اسلمت قال تنتظر بذلک انقضاء عدتها فان هو اسلم او اسلمت قبل ان تنقضی عدتها فهما علی نکاحهما الاول و ان هو لم یسلم حتی تنقضی عدتها فهما علی نکاحهما الاول و ان هو لم یسلم حتی تنقضی العده فقد بانت منه.

فان دلالتها(بناء علی کون اسلام احمدهما من باب المثال) فی صوره الدخول علی الانفساخ بعد انقضاء العده مما لااشکال فیه و یدل علیه ایضا ذیل صحیحه ابن ابی عمیر عن بعض اصحابه عن محمد بن مسلم عن ابی جعفر(علیه‌السلام) و اما المشرکون مثل مشرکی العرب و غیرهم فهم علی نکاحهم الی انقضاء العده فان اسلمت المراه ثم اسلم الرجل قبل انقضاء عدتها فهی امراته و ان لم یسلم الا بعدا نقضاء العده فقد بانت منه و لا سبیل له علیها و کذلک جمیع من لاذمه له فانها ایضا و ان کانت مختصه باسلام المرء بعدالمراه و بعد الدخول ایضا الاانهم لم یفرقوا بین تقدیم اسلام الرجل او المراه و بین صوره الدخول و عدمه.

ثم انه بقی هنا کلام و هو الاستدلال فی امثال المقام بایه نفی السبیل و هو قوله تعالی فی سوره النساء آیه ۱۴۱ الذین یتربصون بکم فان کان لکم فتح من الله قالوا الم نکن معکم و ان کان للکافرین نصیب قالوا الم نستحوذ علیکم و نمنعکم من المؤمنین فالله یحکم

بينكم يوم القيمه و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً).

فان الايه من الصدر الى الذيل بصدد بيان امر الاحتجاج و ان الحجه للمؤمنين دون المنافقين و المعاندين و الكافرين و ان كانوا فى الظاهر غالبين و المؤمنين لهم الحجه و ان كانوا فى الظاهر تحت سيطره الكفره و الفجره كما فى يومنا هذاالذى يخرب فيه الصهانيه و اليهود ديارهم و يا خذا راضيهم ديارهم فى الضفه الغربيه و الغزه و غيرها من بلاد المسلمين كما ان على الله الحجه البالغه.

۱۳۳۸۸/۱۰/۸ قمرى.

و فى عيون اخبار الرضا«عليه السلام» قيل له ان فى سواد الكوفه قوماً يزعمون ان النبى«عليه السلام» لم يقع عليه السهو فقال كذبوا لعنهم الله ان الذى لا يسهو هوالله تعالى الذى لااله الاهو قيل و فيهم قوم يزعمون ان الحسين بن على لم يقتل و انه القى شبهه على حنظله بن اسعد الشامى و انه رفع الى السماء كما رفع عيسى بن مريم و يحتجون بهذه الايه و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً فقال كذبوا عليهم غضب الله و لعنه و كفروا بتكذيبهم النبى فى اخباره بان الحسين سيقتل والله لقد قتل الحسين بن على و قتل من كان خير امن الحسين اميرالمؤمنين و الحسن بن على و مامنا الا مقتول و انى والله لمقتول، باغتيال من يغتالنى اعرف ذلك بعهد معهود الى من رسول الله اخبر به جبرئيل عن رب العالمين بغير حق فاما- قوله عزوجل

ولن یجعل الله للکافرین علی المؤمنین سبیلاً و انه یقول لن یجعل الله للکافر علی مؤمن حجه و لقد اخبرالله تعالی عن کفار قتلوا نبیین بغیر حق و مع قتلهم ایاهم لن یجعل‌الله لهم علی انبیائه سبیلا من طریق الحجه.

فان الروایه و انکانت ضعیفه باشتمالها علی مالا نقول به من سهو النبی و هو خلاف مذهبنا و ان ذهب الیه الصدوق من علمائنا الا انه یویدان المراد من السبیل هوالاجتحاج لا السیطره و السلطان کما هوالمراد به فی المقام من عدم سلطان الکافر علی المسلم و قد یترای من کلام غیر واحد من الاصحاب الاستدلال بالایه فی فروعات المسئله و لعله لاجل فهم العموم و لعل فی بعض الروایات اشاره الی مضمون الایه کما تقدم فی صحیحه محمد بن مسلم فلاخط.

ولوا نتقلت زوجه الدمی الی غیر دینها من ملل الکفرو وقع الفسخ فی الحال ولو عادت الی دینها و هو بناء علی انه لا یقبل منها الا الاسلام.

هذا بناء علی کون النسخه علی ما ذکرناه و الاقبناء علی کونها علی ما احتمله فی الجواهران عباره المتن کانت زوجته الذمیه‌ای زوجه المسلم الذمیه نحوما فرضه العلامه فی المحکی من تذکرته من انتقال الکتابیه زوجته المسلم الی التوش و انما غیره النساخ فیکون حکمه ما ذکر فی المتن بل یحکم ببقاء الزوجیه مع الدخول الی انقضاء العده فمع الاسلام فی العده یحکم ببقاء الزوجیه و مع

عدمه ینفسخ بناء علی عدم جواز نکاح المسلم ابتداء غیر الکتابیه و الفرض خروجها عن الدین الاول الی ما لا یقبل منه و لو مله کتابیته، الا ان هذا الاحتمال بعید فی الغا یه لعدم تعرض احدمن الشراح له و مجرد الاحتمال لا یوجب رفع الید عن ظاهرا لعباره و کیف کان فالذی یمکن ان یستدل علیه امور.

منها قوله تعالی و من یبتغ غیر الاسلام دینا فلن یقبل منه و هو فی الاخره من الخاسرین آیه ۸۵ سوره آل عمران.

والمراد منه عدم القبول فی الاخره بل یعاقب علیه و یدل علیه قوله و هو فی الاخره من الخاسرین ای من الهالکین لان الخسران ذهاب راس المال کما فی مجمع البیان و علی فرض عمو میته لعدم القبول فی الدنیا او اختصاصه بذلک فلا یدل علی فسخ نکاح الذمیه التی زوجها ذمی بمجرد عدولها الی غیر دینها الذی اقرت به و مع فرض عدم الاعتراض لنا علی نکاح اهل الذمه فیما بینهم لا یفرق بین دین من انتقل عنه اوالی من انتقل الیه و عدم الاقرار علی الدین الجدید لاینا فی بقاء النکاح کما احتمله فی الجواهر و الادله الاتیه لا تدل علی ازید من عدم الاقرار بدینه الجدید و اما انفساخ النکاح فلا یدل علیه دلیل.

و منها النبوی من بدل دینه فاقتلوه من جهه وجوب ان القتل یستلزم انفساخ النکاح کما فی المرتد – و فیه ایضا ان وجوب القتل لا یستلزم الانفساخ کالمرتد الملی الذی لا ینفسخ نکاحه للمسلمه مثلا

بعد الدخول الا بعد عدم اسلامه الی انقضاء العده.

قال فی القواعد لو انتقلت الذمیه الی مالا یقرا هله علیه فان کان قبل الدخول فسدو بعده یقف علی انتضاء العده فان خرجت ولم یسلم الزوجان فسدالعقد و ان قلنا بقبول الرجوع کان العقد باقیاً ان رجعت فی العده ولوانتقلت الی ما یقرا هله علیه فکذلک ان لم نقرها علیه و الا کان النکاح باقیا- فان قوله و لم یسلم الزوجان یقتضی الانفساخ و ان کان الزوجان غیر مسلمین بان کاناً ذمیین فانتقلت الزوجته الی التوثن و کذا الکلام فی الانتقال الی ما یقر علیه اهله کما صرح به و عن کشف اللثام انه اطلق فی التحریر فسادالعقد فی الحال اذا انتقلت الذمیه زوجه الذمی الی غیر دینها من ملل الکفر بناء علی انه لا یقبل منها الاالاسلام حتی الرجوع الی دینها و عباره التحریر هکذا ولو انتقلت زوجه الذمی لغیر دینها من ملل الکفر وقع الفسخ فی الحال ولو عادت الی دینها فکذلک بناء علی انه لایقبل منها الا الاسلام. و فی محکی الخلاف ایضا فرض المسئله بنحو ما سمعته عن المتن فان کان اجماع فی البین فهو المتبع والا فالمتبع القوا عدوالحکم بصحه النکاح و بقائه بحکم الاتسصحاب ایضاً ولو لم یقبل منه الاالاسلام.

فاذا تنصر زوجه الیهودی مثلا فان قالوا بالبطلان عندالجهود مثلا فیوخذ بما اقرو علیه و ان کان النکاح صحیحا بمقتضی قواعدنا فیمنع من الوطی و اما اذا قالوا بالصحه فیوخذوا بما اقروا علی صحته و ان کان باطلا علی اصولنا و فی الخلاف مسئله ١٩ الجزیه

اذا انتقل الذمی من دینه الی دین یقرا هله علیه مثل یهودی یصیر نصرانیا او نصرانی صار یهودیاً او مجوسیاً اقر علیه و به قال ابوحنیفه الی ان قال دلیلنا ان الکفر کالمله الواحده بدلاله انه یرث بعضهم من بعض و ان اختلفوا و علیه اجماع الفرقه - و یقرب من ذلک مسئله ۱۰۴ کتاب نکاح الخلاف و قال فی کتاب الفرائض ۱۱۹ اختلف اصحابنا فی میراث المجوس الی ان قال الثالث انه یجوزان یورث بالامرین ای السبب و النسب سواء کان جایزا فی الشرع اولم یکن و هوالذی اخترته فی النهایه و تهذیب الاحکام و بهذا الذی اخترته اخیراً قال علی« علیه السلام » و عمرو عبدالله بن مسعود و اهل الکوفه و ابن ابی لیلی و الثوری و ابوحنیفه و اصحابه و النخعی و قتاده الی ان قال وقد ذکرنا الروایه الصریحه عن ائمتنا علیهم اسلام بذلک فی تهذیب الاحکام و هی هذه باسناده عن محمد بن احمد بن یحیی عن بنان بن محمد عن ابیه عن ابن المغیره عن السکونی عن جعفر عن ابیه« علیه السلام » عن علی« علیه السلام » انه کان یورث المجوسی اذا تزوج بامه و ابنته من وجهین من وجه انهاامه و من وجه انها زوجته.

قال الشیخ بعد ذلک اختلف اصحابنا فی میراث المجوس انه یورث من جهته النسب و السبب معاسواء کانا مما یجوز فی شریعه الاسلام اولا یجوز والذی یدل علی ذلک الخبر الذی قدمناه عن السکونی و ما ذکره بعض اصحابنا من خلاف ذلک لیس به اثر عن

الصادقین بل قالوه لضرب من الاعتبار و ذلک عندنا مطرح بالاجماع و ایضا ان هذه الانساب و الاسباب جایزه عندهم و یعتقدون انها مما یستحل به الفروج فجری مجری العقد فی شریعه الاسلام الاتری الی ما روی ان رجلا سب مجوسیاً بحضره ابی عبدالله فزبره و نهاه عن ذلک فقال انه تزوج بامه فقال اما علمت ان ذلک عندهم النکاح.

و قدروی ایضا انه قال ای کل قوم دانوا بشی یلزمهم حکمه.

و صحیح محمد بن الحسن عن ابی جعفر قال سالته عن الاحکام قال تجوز علی اهل کل ذی دین بما یستحلون.

و فی روایه علی ابن ابی حمزه عن ابی الحسن(علیه السلام) انه قال الزمو هم بما الزموا به انفسهم.

قال فی الوافی بعد نقل ماررواه السکونی - بعد ورود هذا النص و ما مضی فی کتاب النکاح ان من کان بدین قوم لزمته احکامهم و لاوجه لما نقل فی الکافی عن یونس و ابن شاذان قدسره وافتی به فی الفقیه و تبعهم جماعه ممن تاخر عنهم علیهم السلام علی طبقه و هو ان المجوس انما یرثون علی نسب دون النکاح الفاسدو قدبین ما قلناه فی التهذیبین و صحیحه ابی عبدالله علیه السلام قال کل قوم یعرفون النکاح من السفاح فنکاحهم جایزه و فی الفقیه و قال علیه‌السلام من کان یدین بدین قوم لزمه نکاحهم.

و بهذا کله ظهر لک انه لابد من الاخذ بما یکون عندهم صحیحاً و

انكان عندنا باطلاً و ترتب احكامه عليهم و اخذهم بما اخذوا به من الاحكام راجع اخر كتاب الارث من الوسائل و فى المستدرک ايضا ما يدل على المقصود و فى باب طلاق المخالف فى روايه عبدالله بن طاوس عن ابى الحسن الرضا انه من دان بدين قوم لزمه احكامهم راجع باب ۳۹ من ابواب المقدمات و الشروط من الطلاق.

اذا اسلم الذمى على اكثر من اربع من المنكوحات بالعقد الدائم استدام اربعاً من الحرائر او امتين و حرتين.

و فى الخلاف اذا تزوج الكافر باكثر من اربع نسوه فاسلم اختار منهن اربعاً سواء اسلمن اولم يسلمن اذا كن كتابيات فان لم يكن كتابيات مثل الوثنيه و المجوسيه فان اسلمن معه اختار منهن اربعاً و ان لم يسلمن لم تحل له واحده منهن سواء تزوجهن بعقد واحد او بعقد بعد عقد فان له الخيار فى ايهن شاء و به قال الشافعى و محمد بن الحسن و قال ابوحنيفه و ابويوسف انكان تزوجهن بعقد واحد بطل نكاح البواقى فليس للزوج عنده سبيل الى الاختيار، دليلنا اجماع الفرقه و اخبارهم و روى الزهرى عن سالم عن ابيه ان غيلان بن سلمه الثقفى اسلم و عنده عشره نسوه فقال له النبى (عليه السلام) امسک اربعاً و فاروق سائرهن و فى روايه اخرى امره النبى ان يختار منهن اربعاً و يفارق البواقى و هذا نص انتهى.

و يرد على ابى‌حنيفه و اتباعه مخالفه قولهم لقاعده الاقرار المقتضيه لعدم وجوب الفحص و البحث عن كيفيته وقوع نكاحهم و

مضافا الی اصل الصحه بعدم فحص النبی بعد اسلام واحد منهم عن کیفیته وقوع العقد کما فی قضیه غیلان بن سلمه و غیره.

قیل و لو شرطنا فی نکاح الامه الشرطین توجه انفساخ نکاحها اذا جامعت حره تحصل حاجته منها لقدرته علیها المنافیه لنکاح الامه.

الا ان المحکی عن ط و التذکره الاجماع عن اختصاص المنع بصوره الابتداء دون الاستدامه لکنه علی فرض عدم تمامیه الاجماع کما لا یبعد المتبع هو اطلاق دلیل المنع علی حسب غیره من الممنوع من غیر فرق بین الابتداء و الاستدامه فیعتبر الاستدامه ابتداء و یترتب علیه حکمه، و یویده الاخبار الوارده فی الجمع بین الاختین فانه لابد من التفریق سواء کان واقعاً فی زمن الاسلام اوا لکفر کما امر البنی القیرون الدیلمی لما اسلم عن اختین باختیار احدهما و ترک الاخر، لعدم الفرق بین الابتداء و الاستدامه و لیعلم ان الادله من الاخبار و الضروره بین المسلمین قامت علی المنع بعد الاسلام و الا فمجال الخدشته فی اتحاد حکم الابتدا و الاستدامه واضح فمالم یقم دلیل علی الاتحاد لا یمکن الاخذ به کما سیاتی فی المباحث الایته ایضاً.

و لا فرق فیما نکر من التخییر بین من ترتب عقدهن و اقترن و لا بین اختیار الاوائل و الاواخر و لا بین من دخل بهن و غیرهن و لا یشترط فیه اسلامهن لما عرفت من جواز نکاح الکتابیات فله الخیار فی الکتابیات علیه و لا یوجب ذلک نکاح المسلمات الا انه الاولی

لشرف الاسلام و قيل بتعين المسلمات كما ذكره فى الرياض و قال انه احوط، كما انه لومات بعض النساء قبل الاختيار فالحق بقاء التخيير بين الاحياء و الاموات و الثمره تظهر فى الارث و غيره من الاحكام كما سياتى و يدل على اصل الحكم مضافا الى ما تقدم روايه عقبته بن خالد عن ابى عبدالله﴿عليه السلام﴾ فى مجوسى اسلم و له سبع نسوه و اسلمن معه كيف يصنع قال يمسک اربعا و يطلق ثلثا.

و فى الوسائل يطلق مخففه عن الاطلاق او مشدده و الطلاق لغوى لا شرعى اى يفارق ثلثا و يخلى سبيلهن انتهى. والروايه ضعيف السند واخص مورداً من الدعوى الا انهم اعترفوا بجبر السند بفتوى الطائفه و ان كان فيه مالا يخفى.

نعم يمكن ان يقال ان الحكم فى الاسلام هو الاخذ بالاربع و ترک ما عداه سواء كان المسلم مجوسياً او كافراً من اهل كتاب او وثنياً اذا كانت ازواجه كتابيات و اما اذا كانت وثنيات فيحكم بالانفساخ مع عدم الدخول و معه انتظر اسلامهن فى العده لعدم جواز نكاح المشركات كما تقدم البحث فيه.

و عن الجعفريات اخبرنا عبدالله اخبرنا محمد حدثنى موسى قال حدثنى ابى عن ابيه عن جده جعفر بن محمد عن ابيه عن جده عن على عليه السلام فى الرجل يكون له اكثر من اربع نسوه فى الشرک و يسلم و يسلمن او يكون عنده اختان و يسلم فتسلمان قال يختار منهن اربعا الاولى فالاولى و اما الاختان فالاولى منهما امرئته.

و عن دعائم الاسم عن علی علیه‌السلام انه قال فی المشرک یسلم و عنده اختان حرتان او اکثر من اربع نسوه حرائر قال یترک له التی نکح اولا من الاختین و الاربع حرائر الاولی و تنزع منه الاخت الثانیته و مازاد علی اربع حرائر و تقدم منا مراراً عدم کون مایرویه الدعائم روایه بل هو مضمون الروایه و فتواه.

و عن عوالی اللئالی فی حدیث ان غیلان بن سلمه الثقفی اسلم و عنده عشر من النساء فقال له النبی(ص) اختر اربعا منهن و فارق سائرهن والروایه الاخیره موافق لما اختاره المشهور و الاولتین لم یفت بمضونهما الاصحاب الا انه الاولی کما تقدم و فی مسئله الا ختین ایضا اذا لم یکن اسلام احدهما قبل الاخر فالحکم بالتخیر بینهما، و اما مع تقدم ایمان احدیهما فالمتعین هو الاخذبها و ترک الاخری و انکانت متقدمه فی التزویج.

قد یقال والروایه الاخیره حیث وردت فی مورد خاص و غیلان بن سلمه فلم یعلم کیفیه نسائه العشراهی کانت کتابیات او وثنیات او مختلفات او من العناوین المحرمه عینا اوجمعاً فلا بدمن الاقتصار فیها علی المتقین و هو ما اذا کانت ازواجه کتابیات و لم تکن من العناوین المحرمه عینا لاجمعا فیشکل الحکم بالتخییر بین الوثنیات لو اسلمن فی العده او کن من العناوین المحرمه جمعاً لا عینا لعدم دلیل یدل علی التخییر مطلقا الا ان یقال ان روایه عقبه وارده فی المجوسی و هم یجیزون نکاح المحرمات جمعاً کالاختین فعدم

التفصيل فيه يوجب الاخذ باطلاقها و روايه الجعفريات ايضا فى الرجل المشرک و غالب نسائهم المشركات و كما يخفى.

و يمكن ان يقال ان غيلان بن سلمه كان مشركا من النقيف فى الطائف بعد فتحه كما ذكره فى اسد الغابه بقوله ان غيلان بن سلمه الثقفى اسلم و عنده عشر نسوه فى الجاهليه فاسلمن معه فامره النبى(ص) ان يتخير منهن اربعاً و هو احد وجوه الثقيف و مقدميهم و هو ممن و فدالى كسرى و خبره معه عجيب قال له كسرى اى ولدک احب اليک قال الصغير حتى يكبروالمريض حتى يبروا لغائب حتى يقدم فقال كسرى مالک ولهذا الكلام و هو كلام الحكما و انت من قوم جفاه لاحكمه فهيم فما غذائک قال خبزالبر قال هذا العقل من البرلامن اللبن والتمر و كان شاعرا محسناً و توفى فى اخر خلافه عمر بن الخطاب فالرجل من مشركى الطائف من بنى ثقيف و غالب نسائهم المشركات فاذا اسلم اسلمن معه بمقتضى هذه الروايه فامره النبى ان يتخير منهن اربعا و بملاخطه عدم تزويج اهل الكتاب اكثر من واحده فالا بدمن حمل الروايات الوارده على الوثنيات والمشركين دون اهل الكتاب و هو القدرالمتيقن من الروايات دون الحمل على اهل الكتاب و فى الاصابه انه سجد للكسرى اذا سمع صوته فهو ايضا من عادات المشركين و قد قيل انه احد من نزل فى حقه على رجل من القريتين عظيم كما فى الاصابه فراجع فاذن لايبقى شک فى كونه احد مشركى العرب.

مع انه يمكن استفاده التخيير من الروايات بقرينه ان السئوال عن حكم الاكثر معد فرض اسلامهن معه دال على انه لامانع من صحه النكاح الازياده العدد فيستفاد من الحكم بالتخيير فى الجواب انه كلمالم يكن هناك مانع عن صحه النكاح الازياده العدد فللزوج التخيير فى الامساك و ترک الزياده.

ثم انه لا فرق فيما ذكر بين ما اذا كن من العناوين المحلله و اوالمحرمه عينا اوجمعا للاطلاقات المتقدمه الداله على لزوم اقرار الكفار على مذهبهم فى الاحكام الوضعيه فمع تزويج الاختين يختار احديهما فى حال اسلامه من دون احتياج الى عقد جديد و كذا مع العقد على الام والبنت يختار واحده منهما واستصحاب صحه نكاحهن قبل الاسلام يمقتضى الاقرار قاض بذلک فبا لاستصحاب يحرز صلاحيه كل واحده منها للبقاء على الزوجيه من غير جهه العدد او الاجتماع. اللهم ان يقال بعدم الاطلاق فى الادله فانها بصدد بيان مانعيه مافوق الاربع و ليست بصدد بيان امر آخر او مانعيه العدد حتى يوخذ باطلاقها كما سياتى. نعم مع الدخول باحديهما ينفسخ النكاح لعروض المبطل فان ترتب الاثر عليه قبل الاسلام لاينا فى الحكمى بالفساد بعده لكون المفسد مستمرا لعدم جواز الاقرار عليه معه ضروره كونه كالمسلم الذى يعرض لنكاحه الصحيح ذلک فيفسده فان استدامه صحه نكاح الكافر المقر عليها لا تزيد على استدامه نكاح المسلم الصحيح مثلا يعرض البطلان فالاستدامه فى

الكافر ايضا كذلك فمع الدخول بـهما حـرمتا عـليه ابـدا و امـا مـع الدخول باحديهما حرمت الاخرى و ان لم يكن و طى واحده مـنهما تخير فى اخيبار يتهماشاء.

و مجمل القول فيه اما ان يدخل بكل منهما فالنكاح باطل فتحرمان معا اما الام فللعقد على البنت فـضلاً عـن الدخـول بـهاوا مـا البـنت فللدخول بالام فيسقط الاختيار و اما مع الدخول بالبنت خاصه فـا لام تـحرم للعقد على البنت فضلاً عن الدخول المفروض فى المقام و اما البنت فنكاحها صحيح فان العقد على الام لا يوجب حرمه بـنتها على العاقد الامع الدخول بالام و اما مع عدم الدخول بواحده منهما فيختار ايتهما شاء بناء على مختارالشيخ فى الخلاف و المبسوط و اما المشهور بين المتاخرين فحرمه الام خاصته.

(فى تكليف الكفار بالفروع)

هذا كله بناء على كونهم مكلفين بالفروع الوضعيه كالمسلمين كما سياتى البحث فيه.

والظاهر فى ذلك عدم الفرق بين كون المفسد باقياً كما اذا عقد فى العده ثم اسلم قبل خروجها او جعل فيه الخيار ثم اسلم فى مده الخيار و بين مالم يكن كما اذا اسلم فى المثالين بعد خروج العده و مده الخيار فانه بحكم بالزوجيه فى كلتا الصورتين فان وجود المانع فى الاولين و زواله فى الاخيرين لا يوجب الحكم بالصحه و مقتضى الاقرار على صحه ما فى ايديهم يوجب الحكم بالصحه من غير فرق بين بقاء المفسدو عدمه و على فرض كونهم مكلفين لابد من الحكم بالبطلان فى الجميع الا انهم حكموا بالصحه من غير تفصيل كما فى نكاح الازيد من الاربع فان المفسدو هو نكاح

الخامسه و ان كان فی ز من الکفر الا انها بـحکم الزوجـه و لو بـعد الاسلام فلذا یحکم علیه باختیار اربعه من الخمسه و کان له الخیار فی امساک الاوائل او الاواخر فاذا کان مکلفاً بـالاحکام الوضـعیه فلابد علیه من اختیار الاوائل و یقع عقد الخامسه باطلا الا انـه یـقر علیه بالصحه فی حال کفره فاذا اسلم فـلا یـحکم بـصحتها فـعلیه الاخذا بالاوائل الا انهم لم یتلز موا بذلک فی کماتهم و من ذلک ثمن الخمر الموجود حال اسلامه فانه سـحت بـالنظر الی المسلمین الا انهم یحکمون بالملکیه و کلماتهم فی ذلک مـضطر بـه لا یـحکمون بملاک واحد فی کل مکان فلابد من الرجوع الی مـدارکـهم بـحسب الوسع حتی یتضح المقال بالنسبه الی الاقوال و قد یـقال بـالصحه مالم یکن المفسد مستمراً فانه لایقر علیه ح بـعدالاسـلام ضـروره کونه کالمسلم الذی یعرض لنکاحه الصحیح ذلک فـیفسد بـه فـان استدامه صحه نکاح الکافر المقر علیها لا تزید علی استدامه نکـاح المسلم الصحیح.

فهل هم مکلفون الفرع کما هو المشهور بینهم و کذا بـین العـامه الاعن ابی حنیفه و المنقول عن الامـین الاسـترا بـادی فـی الفـوائـد المدنیه و الفیض فی الوافی و تفسیره الصافی خلاف ذلک قال فـی الاول بعد نقل صحیحه زراره التی سیاتی و فی هـذا الحـدیث دلاله علی عدم کون اکفار مکلفین بشرایع الاسلام کما هو الحق خلافاً لما اشتهر بین متاخری اصحابنا و قال فی الصافی فـی تـفسیر قـوله

تعالی و ویل للمشرکین الذین لایوتون الزکـاه و هـم بـالاخره هـم کافرون القمی عن الصادق اتری ان الله عزوجل طلب من المشرکین زکوه و هم بالاخره هم کافرون القمی عـن الصـادق اتـری ان اللـه عزوجل طلب من المشرکین زکوه واموالهم و هم یشرکون به حیث یقول و ویل للمشرکین الخ. قیل جعلت فـداک فسـره لی فـقال ویـل لـلمشرکین الذیـن اشـرکوا بـالامام الاول و هـم بـالائمه الاخـرین کافرون انما دعی اللـه العـباد الی الایـمان بـه فـاذا آمـنوا بـالله و برسوله افترش علیهم الفرائض.

اقول هذا الحدیث یدل علی ما هو التحقیق عندی من ان الکفار غیر مکلفین بالاحکام الشرعیه ما داموا باقین علی الکفر انتهی ما نقلناه عن الصافی بعین عبارته.

و من المخالفین صاحب الحدائق فی الدررانـجفیه و فـی کـتابی الطهاره النکاح من الحدائق قال فی الجواهر فی شرح عباره الشرایع (تفریع الغسل یحب علی الکافر عند حصول سببه) ما لفظه علی نحوا لمسلم کسائر الفروغ بعموم ما دل علی التکلیف بها و لا یـمنع مـن ذلک عدم التمکن من الصحیح حال الکفر لان ما بالاختیار لا ینا فی الاختیار علی ان الایمان من شرائط الوجود التی یجب علی المکلف تحصلیها فلا مانع من التکلیف حال عدمها مع التمکن منها و خلاف ابی حنیفه ضعیف کما بین فی محله انتهی.

و فی الخلاف کتاب الصدقات (المسئله الاولی) الکـفار عـند نـا

مخاطبون بالعبادات الصلوه و الزكوه و الصوم و الحج و به قال اكثر اصحاب الشافعي و قال شذاذ منهم و اختاره الاسفرايني انهم ليسوا مخاطبين بالعبادات الابعد ان يسلموا و به قال العراقيون دليلنا ما قلناه في اصول الفقه و انما ذكرنا هذا الخلاف ههنالان با حامد ذكره في تعليقه في هذا الموضع و الافموضع هذا كتاب اصول الفقه لا فروعه و يدل عليه قوله تعالى ما سلككم في سقر قالوا لم نك من المصلين و لم نك نطعم المسكين و قال لا صدق و لا صلى و لكن كذب و تولى فذمهم على ترك الصلوه و ترك الزكوه و استوفينا هذه المسئله هناك فلاوجه للتطويل بذكرها.

و قال في العده ص ۷۱ فصل في ان الامريتنا ول الكفار و العبد كما يتناول المسلم و الحر ذهب اكثر المتكلمين و الفقهاء الى ان الكافر مخاطب بالشرايع و كذلك العبد و قال قوم شذاد ليسوا بمخاطبين بها و الذى اذهب اليه هو الاول و الذى يدل عليه ان المراعى في كون المكلف مخاطباً بالشريعه ان يردا الخطاب على وجه يتناول ظاهره و يكون متمكنا من ذلك فاذا قبت هدا فمتى ورد الخطاب يحتاج ان ينظر فيه فان كان خطابا للمؤمنين اختصهم و اما اذا كان بعنوان يتناول المؤمن و الكافر مثل قوله يا ايها الناس و لله على الناس و خذ من اموالهم و ما جرى مجرى ذلك فينبغي ان يحمل على عمومه ثم اجاب عن عدم امكان صحه العباده منهم بحسن التكليف و امكان تحصيل مقدماته بما يرجع الى ان الامتناع بالاختيار لاينا في

الاختیار و بعد الاستدلال بالروایات السابقه قال و یدل علیه ایضاً اجراء حدالزنا و السرقه علیهم و الالم یجب کما لا یجب علی المجانین و الاطفال انتهی ملخصا.

و الظاهر من جمیع ذلک کونهم مکلفین بالاحکام التکلیفیه من الصلوه و الصوم و الذکره و غیرها و الکلام فی المقام انما هو فی کونهم مکلفین بالاحکام لاوضعیه کالتکلیفیه اولا.

و اما النجاسات فالظاهر من کلماتهم الحکم بالتطهیر مع وجود الاثر و هو مما لا اشکال فیه و اما مع زوال الاثر و العلم بنجاسته الموضع فالظاهر انه کالسابق و اما احکام الضمانات فلا اشکال فیه بعد اطلاق ادلتها من قاعده الید و الاخبار الاخر نعم اذا دل دلیل علی خصوصیه فیهم فلا بد من الاخذ بها.

و مما استدل علی عدم کونهم مکلفین بالفروع ما رواه فی الکافی صحیحا عن زراره قال قلت لابی جعفر(علیه السلام) اخبر نی عن معرفه الامام منکن واجبه علی جمیع الخلق فقال ان الله تعالی بعث محمداً(ص) علی الناس اجمعین رسولاً و حجه لله علی خلقه فی ارضه فمن آمن بالله و محمد رسول الله(ص) و اتبعه و صدقه فان معرفه الامام منا واجبه علیه و من لم یؤمن بالله و رسوله و لم یتبعه و لم یصدقه و یعرف حقهما فکیف یجب علیه معرفه الامام و هو لا یؤمن بالله و رسوله و یعرف حقهما الحدیث.

ففی الحدائق بعدنقله قال و الحدیث صحیح صریح فی المدعی و

التقريب فيه انه اذالم يجب عليه معرفه الامام الحامل للشريعه و المستودع احكامها فبالطريق الاولى لا يجب عليه القيام بتلك الاحكام و لا تعرفها و لا الفحص عنها التى هى لا تؤخذ الا منه و هذا بحمد الله واضح لاخفاء عليه.

و الحق ان يقال ان هذه الصحيحه على خلاف مقصوده ادل فانه قال فى صدره ان الله تعالى بعث محمداً على الناس اجمعين رسولا و حجه لله على خلقه فى ارضه فلولم يكن مكلفين لكان ارساله تعالى له على جميع الناس لغواً محضا فهم مكلفون بما جاء به محمد من جميع الاحكام الشرعيه و الاصليه و الفرعيه نعم وجوب معرفه الامام متاخره عن وجوب معرف الرسول فلا بد على الكفار من الفحص و التفتيش حتى يصلوا الى الحق من الاعتراف بنبوه نبينا و الاحكام الدينيه التى تتفرع عليه و من الواضح ان القول بعدم الفحص مطلقا على الكفار يخالف ضروره الفقه بل ضروره الاسلام - فلا يكون هذه الروايه صريحه فى مدعاه مع كونها خلاف مادلت عليه الايات السابقه من اظهار اسفهم يوم القيمه على ترك الصلوه و الزكوه و غيرهما من الاحكام.

و من الروايات مارواه الثقه الجليل على بن ابراهيم القمى فى تفسيره عن الصادق فى قوله تعالى (و ويل للمشركين الذين لا يؤتون الزكوه و هم بالاخره كافرون) قال عليه‌السلام اترى ان الله تعالى طلب من المشركين زكوه اموالهم و هم مشركون به حيث قال

و ويل للمشركين الذين لا يؤتون الزكوه و هم بالاخره هم كافرون انما دعى العباد الى الايمان فاذا آمنوا بالله و رسوله افترض عليهم الفرض و الظاهر منها ايضا كسابقتها من الدلاله على كونهم مكلفين فكيف لا يكون كذلك و الحال انهم مدعوون الى الايمان و الى الانقياد بالاحكام فلو لم يكونوا مكلفين لما كان الدعوه الى الاسلام و الايمان واجبه و قد ذمهم الله تعالى بمنعم الزكوه و الذم انما هو مع الفراغ عن كونهم مكلفين بذلك الغرض من افتراض الفرض عليهم انما هو من جهت التنجزو الافا لاحكام كلها فعليه بالنسبه الى كافه الناس اجمعين.

و منها ما رواه فى الاحتجاج فى حديث الزنديق الذى جاء الى اميرالمؤمنين (عليه السلام) مستدلا باى من القرآن على تناقضه و اختلافه حيث قال (عليه السلام)

فكان اول ما قيدهم به الاقرار بالواحدنيه و الربوبيه و شهاده ان لا اله الا الله فلما اقروا بذلك تلاه بالاقرار لنبيه صلى الله عليه و آله بالنبوه و الشهاده بالرساله فلما انقادوا لذلك فرض عليهم الصلوه ثم الصوم ثم الحج الحديث.

و هذه الروايه ايضا ادل على خلاف مقصود صاحب الحدائق فانهم مكلفون بجميع الاجمعين فلذا يدعو صلى الله عليه و آله على الاقرار بالوحدانيه اولا و النبوه ثانيا و الصلوه و الصوم والحج فان مراتب الدعوه مختلفه فانها مستدرجه لانهم مكلفون بعد الاقرار

بالنبوه بالصلوه اولا و بالصوم ثانيا و بالحج ثالثا فانه رحمه الله ايضاً لا يلتزم بذلك فكيف بنا والذى دعاه الى ذلك حتى شدد النكير على علماء الاسلام انما هو، اعوجاج الطريقه و عدم الاعتناء بارائهم و فهمهم حتى اوقعه ذلك فى ورطه حجيبه من عدم الاعتناء بظاهر هذه الروايات و الله الموفق و عليه التوكل فى الشده و الرخاء.

(فى عدم الاجبار الزوجه الكافره على غسل الجنابه)

و لو لم يزد عددهن على القدر المحل كان عقدهن ثابتا بلاخلاف و لا اشكال فى ذلك الا ان يشتمل بما يحرم عليه عينا كما سياتى و ليس للمسلم اجبار زوجته الذميه على الغسل لان الاستمتاع ممكن من دونه ولوا تصفت بما يمنع الاستمتاع كالنتن الغالب و طول الاظفار المنفركان له الزامها بازالته و له منعها من الخروج الى الكنائس و البيع كما له منعها من الخروج من منزله و كذاله منعها من شرب الخمر و اكل لحم الخنزير و استعمال النجاسات.

و عن الصدوق المنع من الاستمتاع حتى تغسل بعد انقطاع لادم فانها حينئذ تجبر عليه لتوقف الاستمتاع عليه و المرادح ايقاع صوره الغسل لكنه خلاف المشهور فلا تجبر عليه سواء كان حيضاً او جنابه او غيرهما لعدم توقف الاستمتاع عليه و كونها مقره على

دینها مع عدم صحه الغسل بناء علی الاجبار فانه صوره الغسل لا هو بنفسه بل المتجه -ح استمرار الحرمه علیه حتی تؤمن ضروره عدم رفع حکم حدث الحیض المفروض منعه بالغسل الفاسد و دعوی قیام صوره الغسل مقامه مما یحتاج الی دلیل.

و الذی یستفاد من جمیع ذلک عدم کون شیی منها مانعا من الاستمتاع فله السلطنه علی ازاله ما یمنعه کما فی المسلمه من غیر فرق فی ذلک و المنفرایضا کذلک بل الاقوی منعها عما ینقص الاستمتاع من استعمال النجاسات التی هی کذلک و من اکل الثوم و البصل و الکرات و نحوها.

و عن العلامه فی التحریر جواز الوطی قبل الغسل من الحیض او النفاس عند انقطاعهما و لو قلنا بالمنع فی المسلمه فکذا ههنا فلیزمها الغسل و ان لم یصح منها النیه تحصیلا لحق الادمی و ان تعذر تحصیل حق الله تعالی و کذالو کانت مسلمه مجنونه فانه یجبرها علی الغسل و ان لم یصح منها النیه و اما الغسل من الجنابة فالاقرب انه لیس له اجبارها علیه و الحاصل ان کال ما یمنع من الاستمتاع فله اجبارها علی ازالته و کل ما یمنع من کمال الاستمناع ففی اجبارها علیه نظر و ما لا یمنع منه و لا من کماله فلیس له اجبارها علیه فطول شهرالیدین و الظفاران منع من الاستمتاع اجبرت علی الزالته و الا فلاوله منعها من البیعه و الکنیسته و الخروج من بیتها و شرب الکثیر من الخمر و فیما دون الاسکار احتمال فلو

كانت مسلمه و ارادت شرب النبيذ على مذهب الحنفى منعت و فى منع الكافره من اكل لحم الخنزير احتمال قوى الشيخ عدم المنع و كذا ليس له منع المسلمه عن اكل الثوم و البصل و اشباههما و له منع المشركه من لبس جلد اليميتته و من النجاسات التى يعتدى اليه.

و انت خبير بعدم دليل واضح على بعض الفروعات المذكوره كما عرفت فى الاجبار على الغسل و الكلام فى المقام انما هو بالنظر الى حق الزوجيه المقتضيه على السلطنه على اجبارها عليه بحيث لو لم تفعل يتفرع عليه النشور فشرب الخمر و اكل لحم الخنزير الغير المانعين من الاستمتاع و لا من كماله و غير المنفر مطلقا و لو كان محرما فى شرعنا و جائزاً عند شرعهم لايوجب السلطنه على الزوجه كما فى المسلمه التاركه لصوتها و صومها والاكله لحم الخنزير و الشاربه للخمر الذى لايمنع كل ذلك من الاستمتاع فى شيى.

نعم المنع من ذلك كله من باب الامر بالمعروف انما هو فى حق المعترف بذلك لافى حق الذميه التى يجوزلها ارتكابها فى شرعها بالاقرار عليها ـ بناء على ظاهر شرعهم الاتيان بها بمقتضى الاقرار عليهم فى ذلك.

نعم صحيح معويه بن وهب و غيره جميعا عن ابيعبدالله ﴿عليه السلام﴾ فى الرجل المؤمن يتزوج اليهوديه و النصرانيه فقال اذا اصاب المسلمه فما يصنع باليهوديه و النصرانيه فقلت له يكون له فيها

الهوی قال ان فعل فیمنعها من شرب الخمر و اکل لحم الخنزیروا علم ان علیه فی دینه خضاضته ورواه الصدوق باسناده عن الحسن بن محبوب نحوه.

و کان هذا الروایه اوجب المحقق وعده من المتاخرین الافتاء بمضمونها من غیر بحث فی ذلک انه هل هو من باب حق الزوجیه او غیره الا ان الظاهر من کلماتهم ان المنع من باب حق الزوجیه و لذا فرع علی نقل الروایه فی کشف اللثام التعلیل بالنفره کما ان فیه عن المبسوط ان قدرما یسکر له منعها و القدر الذی لایسکر قیل فیه قولان و ان اکلت الخنزیر قیل فیه قولان اقویهما ان لیس له ذلک ای زوجه کانت مسلمه او مشرکه بل فیه عنه انه قوی عدم المنع له عما ینقص الاستمتاع من استعمال النجاسات التی هی کذلک و من اکل الثوم و البصل و الکراث و نحوها انتهی.

فانت خبیر بان ذلک فیه من باب کونها مانعه من الاستمتاع او کما لها فیکون للزوج المنع من ذلک کله کما له المنع من المسلمه من غیر فرق فی ذلک بینهما - و من المعلوم عدم الدلیل علیه من حیث حق الزوجیه و الصحیح المذکور لایدل علی المنع من جهته حق الزوجیه - بل یحتمل قویا انه من باب المصلحه فی منع شرب الخمر و اکل لحم الخنزیر فانهما بل و جمیع المحرومات مبغوضیته عند الشارع فلو توقف الانتهاء عن ذلک کله علی المنع من غیر ترتب شیی علیه من المفاسد فلابد من المنع و النهی کما انه اذا توقف عودا الذمی من

دینه الی الاسلام علی مجرد الدعوه فالظاهر لزوم ذلک فان الدین عندالله الاسلام و جمیع الواجبات و المحرمات تشمل کافه الناس من غیر اختصاص بالمسلمین کما تقدم فمع امکان المنع من شرب الخمر و اکل لحم الخنزیر فلا بدله من ذلک و لا وجه لحمل الامر فی ذلک علی نوع من الارشاد -او- احتمال ان یکون المراد من الامر فیه فی ذلک برضاها او باشتراط فی عقد نکاح و نحو ذلک کما فی الجواهر فان ذلک کله خلاف مقتضی الامر الظاهر فی المولویه الا ان یدل دلیل علی ذلک.

و من ذلک کله یظهر ان المنع لیس شرطا فی صحه النکاح بحیث لو لم یمنعها یکون فاسداً کما توهم فان غایه ما یستفاد منه انما هو التکلیف لیس الا.

و بالجمله بعد کون الخمر و لحم الخنزیر و غیرهما من المحرمات مبغوصا عند الشارع و با لنظر الی احکام الاسلام فالاقرار علیه من باب الالتزام بشراط الذمه من باب الظاهر و العناوین الثانویه و الا فالاصل فیهما الحرمه فمع الامکان لاحرمه فی المنع حتی فی صوره اتلافهما علی الذمی الا انه لابد من الضمان لکونه اتلافا للمال علی الذمی کما صرح بذلک کله فی باب الغضب فاخذ الخمر من یدالکافر الذمی الملتزم بشرائط الذمه لایکون من ارتکاب المحرم.

فی مباحث الاختیار

المقصد الثانی فی کیفیه الاختیار و هو اما بالقول الدال علی الامساک کقوله اخترتک و امسکتک و اما اشبهه و لو رتب الاختیار ثبت عقد الاربع و اندفع البواقی و لو قال لمازاد عن الاربع اخترت فراقکن اندفعن و ثبت نکاح البواقی.

و الظاهر عدم الفرق بین کون الاختیار باللفظ الدال علیه صریحا مثل اخترتک او اخترت تقریر نکاحک او انت مختاره او امسکتک الی غیر ذلک او الدال علیه کنایه و هو ما یدل علی الاختیار بالالتزام کما لو کان عنده ثمان و فسخ نکاح اربع منهن فانه یدل بالالتزام علی بقاء زوجیه البواقی و ان لم یتلفظ بشی فی حقهن و هو المراد بقوله فی المتن (و لو قال لمازاد عن الاربع اخترت فرا قکن اندفعن) فان ثبوت نکاح البواقی بالالتزام لالصراحته و عن الشهید فی المسالک و ینبغی

ان يكون اخترتك و امسكتك من قسم الكنايه حيث لم يصرح باراده النكاح لكنه يرد عليه ان المراد من الاختيار فى المقام هو معناه العرفى و هو اختيار بقاء نكاح الزوجه و هو صريح فى المقصود و الامساك ايضا كذلك.

و فى الجواهر عن بعض الشافعيه ان ما لم يذكر فيه لفظ النكاح كنايه و هو ايضا ضعيف بل يمكن ان يقال ان قوله اخترت نكاحك من الكنايه فان المراد من اختيار النكاح هو ابقائه لااحداثه فلا يدل صريحا على ابقاء النكاح بل بالالتزام.

ثم انه لورتب الاختيار ثبت عقد الاربع الاول و انه مع عقد البواقى لاستيفائه بذلك العدد المشروع كما هو المفروض و لو حصر الاختيار فى الستته او الخمسته اندفع البواقى او لا و ما فوق العدد بالاختيار كما هو ظاهر.

و لو قال لمازاد عن الاربعه اخترت فراقكن اندفعن و ثبت نكاح البواقى و الذى لابد منه انما هو انشاء فراق مازاد عن الاربع من دون احتياج الى انشاء ابقاء نكاح الاربع لكون العقد الاول مقتض تام فى بقاء النكاح.

و اما لوقصد بالفراق الكنايه عن الطلاق و قلنا ان الكنايه عنه مثله فى الدلاله على النكاح ثبت عقد المراد طلقهن و ان لم يقع بهن طلاق بناء على القصد الضمنى فى امثال المقام و اما اذا كان الا راده قد تعلقت بعنوان الطلاق بالكنايه بحيث لو لم يقع لايقصد شيئاً وراء

ذلک فان دلاله ذلک علی بقاء النکاح تامل لعدم القصد الی ذلک اصلا نعم لو کان قصده الی الطلاق کاشفا عن ثبوت النکاح سابقا کان عقد المراد طلاقهن ثابتاً بذلک و ان لم یقع طلاق و بذلک یثبت فراق البواقی.

ثم ان مجرد الرضاء النفسانی و الاراده فی تحقق اختیار ایتهن شأ من دون صدور قول منه او فعل او تجزم و بنأ لایکفی فان مجرد الرضاء علی الاختیار او اراده الاختیار لایسمی اختیاراً بل المراد منه انما هو البناء القلبی و المیل النفسانی الجزمی باحد الطرفین بحیث لوسئل عنه لکشف عن مختاره باللفظ او الفعل الدالین علیه ففی الحقیقه لیس الاختیار قولا او فعلا بل هما کاشفان عن الاختیار ففی الحقیقه هو العمل النفسانی الباطنی الکاشف عنه الفعل او القول و لیس فی البین اجماع او شهره علی خلاف ذلک نعم لابد من اثبات الاختیار من الکاشف فی الدعاوی فلو لم یکن له مظهر لما یمکن اثبات الادعاء و لا یقبل منه ذلک لمجرد الدعوی.

و لو قال لواحده طلقتک صح نکاحها و طلقت و کانت من الاربع و لو طلق اربعا اندفع البواقی و ثبت نکاح المطلقات ثم طلقن بالطلاق لانه لایواجه الا الزوجه اذ موضوعه ازاله قید النکاح.

هذا اذا لم یعلم او لم یقم قرینه علی اراده الفراق من الطلاق کما فی قضیه فیروز الدیلمی و قد اسلم علی اختین لقوله صلی الله علیه و آله طلق ایتهما شاء فان المراد منه هو الفراق مجازاً و کما اذا کان جاهلا

بعدم حاجه فراقهن الی الطلاق فاوقعه بقصد اراده المفارقه لهن و بقاء نکاح غیر هن کان فی الحقیقه دالاً علی بقاء نکاح من عدا هن الا انه لایسمع منه هذه الدعوی الابالدلیل فیوخذ بقوله بالطلاق حتی یثبت خلافه فی الدعوی.

و کما اذا اشتبه علیه الامر فظن الاکتفاء بالطلاق بمجرد علاقه الزوجیه السابقه فان الطلاق فی هذه الصور لایکشف عن اثبات نکاح المطلقات بل یدل علی فراقهن.

هذا کله بناء علی اعتبار القصد الضمنی فانه یثبت به الاختیار و ان کان الطلاق فاسداً کما اذا لم یکن بصیغه الطلاق المعتبر شرعاً اولم یکن فی البین شاهدان او کان معلقاً فانه و ان لم یقع طلاق الا انه یدل بالکنایه علی الاختیار و تعلیق الطلاق لایستلزم تعلیق الاختیار.

و المناقشه فی ذلک کله واضح فان القصد منه انما هو الی الطلاق من دون ان یکون فی البین قصد ضمنی علی الاختیار سوی الطلاق و الفرض انه لم یقع فلا یمکن اثبات الاختیار بذلک اللهم الا ان یکشف ذلک کله عن الاختیار و الطلاق بای نحو کان و مظهراً لهذا الاختیار.

و قد یقال ان انشاء مفهوم الطلاق لایستلزم انشاء الاختیار او ابقاء النکاح ضروره امکان قصد الطلاق فی الاجنبیه و ان لم یقع صحیحا فدعوی لزوم قصد الطلاق لقصد اطلاق النکاح علی وجه یتحقق به انشاء الاختیار محل منع.

و الحق ان یقال ان الطلاق فی الحقیقه عباره عن ازاله قید النکاح

فهو حينئذ جزء مفهومه فلا يتصور طلاق الاجنبيه مع التوجه الى ذلك المفهوم نعم لامانع من طلاق الاجنبيه فضولاً فانه ايضاً عباره عن ازاله قيد نكاح الاجنبيه فضولا فكما لايتصور طلاق من لايصلح للزوجيه كذلك لايصلح طلاق الاجنبيه فطلاق الامراه العقوده فضولا قبل الاجازه ثم يتعقبه الاجازه او يكشف ذلك عن الاجازه قبل الطلاق - يقصد بالطلاق فيه ايضا ازاله قيد النكاح لا انه يقصد بالطلاق معنى اخر فالاجنبيه مع التوجه بكونها اجنبيه لايتصور فيه قصد مفهوم الطلاق الا ان يقصد بذلك معنى اخر غير الطلاق و بهذا يظهران الظهار و الايلاء اذا قصد بها الواقع على الزوجه شرعاً يكشفان عن الاختيار كما سياتى - و كذا الكلام فى صوره الشك و حمل فعل المسلم على الصحه و لو عند الفاعل فبعد فرض كون النكاح جزء مفهوم الطلاق فاصاله الصحه يجرى فى معنى جزئه النكاح لا انه يثبت به النكاح حتى يقال انها من الاصول التعبديه و مثبتاتها ليست حجه و اما انشاء مفهوم الطلاق المستلزم لازاله قيد النكاح لايستلزم انشاء الاختيار و الاختيار السابق عليه لعدم الملازمه بين الانشائين لاعقلاً كما هو واضح و الاعرفا لامكان طلاق الاجنبيه فضولا من دون استلزام قصد الاختيار و من المعلوم ان استصحاب الطلاق من هذه الصوره لايثبت الاختيار و كذا اصاله الصحه فى فعل المسلم لعدم حجتيه مثبتاتهما كما سياتى.

نعم الظاهر و الايلاء ليس لهما دلاله على الاختيار لانه قد يواجه به

غير الزوجه.

قال فی المسالک وجه الفرق ان الظهار وصف بتحريم المراه المواجه و الایلاء حلف على امتناع وطیها و کل منهما بالاجنبيه اليق منه بالزوجه غايه ما في الباب ان الظاهر اذا خوطب به الزوجه ترتب علیه احکام مخصوصه و ان خوطب به الاجنبيه لم تثبت تلك الاحكام و كان قولا صحيحا بالنسبه اليها و في الايلاء لو حلف على وطى الاجنبيه فتزوجها و وطئها کان علیه الکفاره و کذلک بالزوجه مع زياده احكام اخر انتهى.

هذا كله اذا كان المراد منهما المعنى الاعم و الافالمعنى الشرعی فی الظهار انما يتحقق اذا كان المواجه به زوجه مدخولابها و فی الایلأ شرائط اخر مع کون المواجه زوجه بلا اشکال فی ذلك و لاخلاف.

و عن الشيخ فى المبسوط ان الظهار و الایلأ یکشفان عن الاختيار و کذلک الطلاق، و فيه ان كان المراد الاعم فلا یکشف شیی منها عن الاختيار و ان كان المقصود بالمواجهه الزوجه فلا محيص عن كشفه عن الاختيار.

ثم انه اذا ظاهرا وآلى بواحده منهن ثم اختارها فيقال انه بالاختيار يكشف سبق الزوجيه فيكونان ح قدبان انهما وقعاً على الزوجه من اول صدورهما.

لكن فيه ان الظهار و الایلأ اذا كان لهما مفهوم صحيح حتى في

الاجبنيه فكيف يكشف بالاختيار و قوعهما على الزوجه حتى يترتب عليه احكامه الخاص بل المترتب عليه هو الحكم الذى فى حق الجانبيه فان الاختيار يكشف عن الزوجيه و اما كشفه عن وقوع الظهار او الايلاء على الزوجه محل منع و كلام و بالجمله الاختيار الكاشف عن الزوجيه لايقلب الظهار و الايلاء عما هو عليه من المعنى العالم القابل لانطباق على الاجنبيه و الزوجه اللهم الا ان يقال ان معنى الايلاء و الظهار لايفرق بين الزوجه و غيرها فانهما معنى واحد فيهما و انما تفرق فى المتوجه اليهما فتاره و غيرها فانهما معنى واحد فيهما و انما تفرق فى المتوجه اليهما فتاره تكون زوجه و اخرى غيرها لكن المستفاد من كلماتهم ان معنى الظهار متوجه الى الزوجه و كذا الايلاء ترك و طى الزوجه لامطلقا.

ثم انه لوقذف واحده من الزوجات فاختار غير ما قذفها وجب عليه الحد و يسقط بالبينه خاصه دون اللعان لانها باختياره غيرها يكشف عن كونها اجنبيه و ان كان لها حكم الزوجه قبل الاختيار.

ثم انه لو طلق من النساء مادون النصاب او النصاب فانه بقين على الشرك الى انقضاء العده يكشف ذلك عن بطلانه و ان اسلمن النساء كلهن و منهن المطلقات فقد يقال بصحه الطلاق لان الاسلام يكشف عن وقوع الطلاق على الزوجه و الطلاق ايضا يكشف عن الاختيار.

وجه العدم انه حين طلق لم يكن له الاختيار فلايتمشى منه القصد

الا طلاق الزوجه فلو اختار فى ضمن الطلاق لم يصلح ذلك منه فيحكم ببطلان الطلاق فله الاختيار بعده الى زمن خروج العده و طلاق من اسلمت منهن.

و ان طلق الكل مع كونهن زايده على النصاب فعلى القول بكشف الاسلام يصح طلاقهن فلايتعين المطلقات بقدر النصاب بالاختيار او يحكم بالقرعه بناء على انه اختار بالطلاق غايه الامران الاختيار لا يتحقق منه الا بما دون النصاب او به فكل واحده منها مختاره من غير فرق بينها بالنسبه الى نظره فلا بد من تعيين الزوجه من بينهمن بالقرعه دون الاختيار فانه بالاختيار المنكشف بالطلاق يصلح كل واحده منها للزوجيه فبعد اسلام الجميع فلا بد من اعمال القرعه لتزاحم حقوقهن الا ان يقال ان الاختيار بالعنوان اكلى خصوصاً فى المقام ليس اختياراً عرفاً و الكلام فى الطهار و الايلاء هو الكلام فى الطلاق فان اختار من اوقع عليها ذلك يترتب عليه احكامه و ان ظاهرا و آلى الكل فهل يتعين الزوجات من بينهن بالاختيار او القرعه فكما تقدم.

ثم انه بناء على كشف الطلاق عن الاختيار فهل يحكم به فى صوره الكنايه فعن العلامه فى التذكره العدم العدم افادتها الطلاق فلا تقيد الاختيار و اورد عليه بان الاختيار لاينحصر فى لفظ بل العبره فيه بما فى نفس الامر فمع فرض العلم بقصد بالطلاق يكون ذلك اختيار او ان لم يقع طلاق.

و فیه اولا ان الطلاق کاشف عن الاختیار لانه مقصود به فالطلاق یکشف عن الاختیار قبله بآن ما.

و ثانیا انه مع فرض عدم صحه الطلاق فلا معنی لقصده الاختیار فی ضمنه لعدم القصد منه بغیر عنوان الطلاق و الفرض عدم و قوعه فکیف یکشف ذلک عن صحه الاختیار فی ضمن اطلاق و الکلام فی الطلاق المشروط و المعلق کالکلام فی الطلاق کنایه.

ثم ان تعلیق الاختیار بشی ممکن الحصول (کما اذا قال ان دخلت الدار فقد اخترتک للنکاح مثلاً) مما لا اشکال فیه لعدم دلیل علی اعتبار التنجز فی النکاح فضلاً عن المعاملات و من المعلوم انه لیس نکاحا جدیدا بل اختیار و بطلان التعلیق فی نظرهم کان بسبب الاشکال العقلی فاذا قلنا بصحه الانشاء المعلق علی شیی یحکم بالوقوع فی صوره المعلق من دون احتیاج الی امروراء حصول المعلق علیه و عدم المقصور فی الانشاء کما حقق فی محله.

و لو قال لاربع فسخت نکاحکن و قصد به حل النکاح فسخاً انفسخ عقد هن انکان الباقی اربعا فما زاد و لو کان الباقی دون الاربع کما اذا کانت الباقیه ثلاثا فان الفسخ یقع بالثلاث فهل یتخیر فی اتمام الاربع من اللواتی فسخ نکاحن فهو مختار العلامه التحریر و یمکن ان یقال بالقرعه ایضا لتزاحم حقوق کل واحده منها فی البقاء علی الزوجیه.

و لو اوقع الطلاق بنحو المشروط کما لو طلق مشروطا بالاسلام

بان قال كلما اسلمت منكن احده فهى طالق بناء على تاثير الاختيار لو وقع حال الكفر و لكن يراعى بالاسلام فى العده لكن الحق ما قد عرفت سابقاً من ان الاختيار فى امثال المقام ليس مقصودا براسه بل يكشف من الطلاق فاذا حكمنا ببطلانه بالشروط فلا يكشف عن الاختيار الاعلى القول بالقصد الضمنى و لانقول به هذا كله فى الاختيار بالقول.

اما الاختيار بالفعل بال خلاف اجده عدهم كما فى الجواهر و او لو يه اندارجه فى قوله (ص) امسك اربعا و فارق سائرهن من القل فلو وطى اربعا ثبت عقدهن و اندفع عقد البواقى.

اطلاق العباره يقتضى عدم الفرق بين كون الوطى عن قصد الاختيار و عدمه و قصد عدم الاختيار و فيه ان الوطى و ان كان حلالا باعتبار و قوعه على الزوجه الا ان الكلام فى كونه اختياراً كما تردد كلامهم فى الرجوع و ان الوطى مع قصد عدم الرجوع هل يكون رجوعاً ام لا فعلى القول بعدم كونه اختياراً شرعا لايكشف ذلك عن الرجوع فلا بد من تقييد ذلك بالوطى عن قصد لامطلق الوطى اللهم الا ان يقال ان معامله الزوجيه مع الاربع منهن يدل شرعاً على زوجيتهن و كذا الكلام فى قصد الرجوع فانه ايضا لايحتاج بازيد من معامله الزوجيه معها سواء قصد بالفعل عنوان الرجوع اولا او عدمه فان الوطى مطلقا داخل فى الامساك بالمعروف فى الرجوع واظهر مصاديق الاختيار فى المقام و من ذلك كله يظهر حكم ما لو عامل

زوجاته معامله الزوجيه السابقه مع الغفله عن الرجوع و الاختيار فاذا وطاء اربعاً فلا يجوز له وطى الاربع الاخرى بناء على كفايته فى الاختيار مطلقاً و اما اذا لم نقل بكفايه ذلك فيجوز له وطى الاربع الاخرى ايضا بقصد الاختيار.

و لو قبل او لمس بشهوه يمكن ان يقال هو اختيار كما هو رجعه فى حق المطلقه و هو مشكل بما يتطرق اليه من الاحتمال.

و الاشكال من جهه عدم قصد الرجوع و اما من جهه حمل فعل المسلم على الصحه فان مجرد ذلك لايكشف عن عنوان الرجوع و الاختيار فى المقامين فان غايه ما يحكم به حمل فعل المسلم على الصحه و انه ما فعل حراماً و انه صدر منه على وجه غير الحرام و اما صدور الفعل عن قصد الاختيار فلا يحكم به على القاعده.

ثم انه لو تزوج باخت احديهن قبل الفسخ او الاختيار لم يصح لبقاء علقه الزوجيه و اما دلاله مجرد العقد على اختيار فسخ عقد الزوجه الاخت فقد تقدم الاشكال فيه و ان الصحه متوقفه على تمشى القصد المضمنى و مجرد التنافى بين العقد لايوجب كون احد هما فسخا للاخر.

و اما حمل فعل المسلم على الصحيح فيقتضى حمل العقد الواقع منه على الوجه الصحيح و هو عقد الاخت فينا فى العقد السابق فيكشف عن فسخ عقد اختها السابقه حت مع فرض عدم العلم بحاله و فرق بين حمل البوسه (البوسه عربى و ان احتمل ان يكون فى

الاصل عجمياً منه) و اللمس على الوجه الصحيح فانه لايكشف عن الرجوع و لاعن الاختيار بخلاف حمل العقد الواقع منه على الوجه الصحيح فان مقتضى الحمل على الصحه لاينفك عن فسخ العقد السابق الذى ينافيه فيكون مقتضى القاعده صحه عقد الثانيه فيكشف به بطلاق زوجيه الاولى بالاختيار بالثانيه.

و لو انحصر المختارات فى ست او خمس و عينهن انحصرن فيهن فيحكم بعده الباقيات من حين اسلام الزوج فعليه اختيار فسخ ما فوق النصاب من البواقى.

و لو اسلم و اسلمت معه اربعه و تخلفت اربع فان اختار الاوائل للزوجيه فلا اشكال لاطلاق الادله و لو عينهن للفسخ ففى القواعد لم يصح ان كان الاواخر و ثنيات و الاصح، و الوجه فيه امكان عدم اسلامهن فيتعين الاوائل للزوجته بخلاف الكتابيات فان اسلامهن لادخل له فى زوجيتين.

و اشكل عليه فى الجواهر بامكان الصحه فى الاول على وجه المراعاه فان اسلمن الاواخر علم ان الفسخ فى محله و ان كان باطلا فيكون فى شرط الفسخ امكان بقاء الزوجيه لا العلم بامكان بقائها لاطلاق الادله الذى لايعارضه اصل عدم الانفساخ و عدم تعيين البواقى للزوجيه انتهى.

و الفسخ فى الاوائل ان كان على وجه الجزم لم يصح لعدم العلم بحصول شرط و هو اسلام الاواخر و اما بصوره التعليق اى المنوط

على اسلام الاواخر و على وجه المراعى كما هو مراد الجواهر ايضايصح بناء على اطلاق دليل الاختيار و ليس فيه تصرف فى كيفيه الاختيار و انه لابد فيه من التنجير دون التعليق فاذا اسلم الاواخر يكشف ذلك عن صحه الفسخ المشوط فى الاوائل فحصلو الشرط واقعا يكشف عن صحه الفسخ سواء علم بذلك ام لا.

لكن يمكن الخدشه فى اطلاق دليل الفسخ باعتبار عدم جريانه فى باب النكاح الافى موارد قام بها الدليل القاطع و من الوارد فسخ نكاح ما فوق الاربع اذا اسلم معه الجميع فان مورد الروايات و القدر المتيقن منها هو صوره اسلام الجميع.

و اما اذا اسلم الاربع و بقى البواقى على كفرهن بناء على كونهن و ثنيات فان فسخ الوثنيات فال اشكال على اى حال و اما فسخ المؤمنات فال دليل عليه و الدليل على الفسخ فى صوره اسلام الجميع و بعباره اخرى التمسك باطلاق الدلل تمسك به فى الشبهه المصداقيه للفسخ لعدم العلم بحصول شرطه و هو اسلام البواقى و الفسخ فى هذه الصوره يحتاج الى دليل خاص ازيد مما فى اسلام جميع الزوجات ما فوق الاربعه و صلاحيته البقاء للزوجيه فى الكافرات الكتابيات حتى بعد العده فلا مانع منه من اختيار الكافرات و فسخ المؤمنات بخلاف المقام من فسخ المؤمنات و ابقاء الثوانيات و الفسخ المراعى ايضا يحتاج الى دليل عليه و اما التمسك باستصحاب بقائهن على الشرك فيحكم بذلك تعين الاوائل للزوجيه

باستصحاب بقائهن علی الشرک فیحکم بذلک تعین الاوئل للزوجیه فانه مثبت من جهتین من جهه ان بقائهن علی الشرک لایثبت زوجیه البواقی الاعلی القول بالمثبت و من جهته ان استصحاب بقائهن علی الشرک لایثبت شرکهن فیما بعد العده و الحکم معلق علی شرکهن بعد العده و مجرد استصحاب بقاء الشرک لایثبت عنوان انه بعد العده الا علی القول به و مورد النصوص انما هو فی صوره صلاحیه جمیع النسوان للزوجیه کما فی صوره اسلام الکل او کونهن کتابیات و المانع انما هو الزیاده علی النصاب فی المفروض عدم صلاحیته الوثنیات للزوجیه بعد السعده و قبل العده فی صوره الشرک.

و یمکن الخدشه ایضا فی الحکم بالتخییر اذا اسلمن معه لو کن من العناوین المحرمه عینا او جمعا من جهته ان الادله بصدد بیان المانعیته من جهته العدد فقط و الفرض ان المانع فیا لمقام لیس من جهته العدد بل من جهته حرمه الجمع بین الام و البنت و بین الاختین و بعباره اخری الحکم بالتخسییر انما هو فی صوره صلاحیه کل واحد للبقاء علی الزوجیه من غیر جهته العدد و المفروض عدم صلاحیته الکل مع قطع النظر عن العدد للزوجیه.

و اما التمسک باستحاب صح نکاحهن الثابته قبل اسلام الزوج بمادل علی لزوم اقرار الکفار علی مذهبهم فی الاحکام الوضعیه المخصص لعموم ادله العناوین المحرمه فبا لاستصحاب یحرز

صلاحيته الكل للبقاء على الزوجيه من غير جهته العدد فتتحقق بـه الصغرى للكبرى الكليه.

فلا مجال فيه من جهته العلم بانتقاض الحاله السابقه فى الزايـد على الاربع و كذلك استصحاب الصحه فى الجميع من غير جـهته العدد فانه ايضا منتقض بعدم صحه عقد كل واحد من الام و البنت و الاختين للمعارضه و بالجمله الصحه فى كل واحد لاعلى التعيين و بعنوان البدليه فليس موضوعا للحكم فان الموضوع هو الصحه فى كل واحد من الثمانيه مثلا و العناوين الشخصيه و العنوان البدلى لم يكن موضوعاً للحكم حتى يستصحب.

و الصالح للبقاء على الزوجيه فى مورد الكبرى هـو الاشـخاص دون الكلى القابل للانطباق على كل اربع على البدل و الدليل انما هو بصدد بيان مـانعيته العـدد بـعد فـرض صـلاحيته كـل واحـد مـن الاشخاص على الزوجيه و ليس بصدد بيان ما اذا لم يكن الاشخاص قابله لها بل كان القابل هو العنوان الكلى القابل للانطباق عـلى كـل اربع اربع على البدل.

ثم انه لو قال لما زاد على الاربع اخترت فراقكن فـلا اشـكـال فـى الاندفاع و هل يحكم بذلك بثبت نكاح البواقـى او يـحتاج الى انشـاء اختيارا مساكهن لعدم الملازمه بين فسخ مازدا عن الاربعه و بـين اختيار امساك البواقى و الظاهر هو الاول لان له بعدا سلامه اربعه ازواج على النحو الكلى لاقبل للانطباق على كل واحد من الاربعه فاذا

اندفع الزياده بفراق الزيد ينطبق ما هو الكلى على الاربع الموجود فى الخارج و لايحتاج زوجيتهن الى ازيد من رفع المانع و هـو الزيـاده على الاربع و بعباره اخرى ان المقتضى التام هو انطباق الاربع الكلى على الاربعه الموجوده فى الخارج كما اذا ملك صاعا من الصبره - فانه اذا لم يبق من الصبره الاصاع يـتعين ذلك الصـاع الكلى فـى ضمنه قهرا فان معنى الانطباق عقلائى و الا فما هو المـالک حـقيقه انما هو الصاع الكلى فى المعين و مـجرد بـقاع صـاع مـن الصـبره خارجاً لايقلب الملكيته الكليته الى الملكيه الجزئيته بل انما هو عـند العقلاء - و فى المقام ايضا بعد كون الشخص ذا زوجات اربعه على النحو الكلى فالانطباق قهرى بعد رفع الزايد المانع.

و اما اذا كان فى هذا الفرض بقاء نكـاح الاربـع الكـلى بـمقتضى الاستصحاب كما اذا كن من العناوين المـحرمه ذاتـا كـالمحارم او عرضا كذات البعل و ذات العده فقد يقال ان تعين الكلى فـى ضـمن افراده المنحصره و ان كان قهريا مطلقا سـواء كـان الكـلى مـحرزا بالوجدان او الاصل الا انه لايجدى فى ترتيب آثـاره عـليها الاعـلى القـول بـالاصل المـثبت كـما اذا كـان مـالكا لصـاع مـن الصـبره بالاستصحاب فان استصحاب ملكيته الصاع له لايجدى فى اثـبات ملكيته الصاع الباقى منها الاعلى القول بالاصل المثبت.

لكن يرد عـليه ان الاسـتصحاب ليس الامـعينا لمـوضوع الدليـل الاجتهادى و الفرض انـه لايـفرض فـى المـقام بـين مـلكيه الصـاع

بمقتضى الواجدان او الاصل على النحو الكلى فاذا قلنا بان اكلى المنحصر بالفرد منطبق على الخارج قهرا فلا يفرق فيه بين ملكيته الكلى بالاصل او الوجدان ـ و بعد تسليم الانطباق القهرى يترتب عليه الاثر الكلى و هو المملوكيه اللهم الا ان يقال باثر خاص لنفس الكلى بما هو كلى فانه لاينطبق على الفرد الموجود خارجاً الاعلى القول بالاصل المثبت.

و لو طلق اربعاً قيل يندفع عقد البواقى و يثبت به نكاح المطلقات ثم طلقن بذلک الطلاق و ذلک لان الطلاق عباره عن ازاله قيد النكاح فهو جزء مفهومه فقصد وقوعه يستلزم قصد اختيار النكاح اذ لا طلاق بدون النكاح و لذا لايصح ان يوجه به غير الزوجه.

و فيه انک قد عرفت سابقاً عدم الملازمه بين وقوع الطلاق صحيحاً المستلزم للنكاح و قصد اختيار النكاح لاعقلا كما هو واضح لامكان طلاق الاجنبيه فضولا من دون اختيار فى البين و لاعرفا فلا مكان ان يطلق مع الجهل بعدم احتياج فراقهن الى الطلاق بل باعتبار الزوجيه السابقه و به يثبت فراقهن و ينطبق الزوجيه على الاربعه الباقيه ان قلنا باعتبار القصد الضمنى فى امثال المقامات.

و قد يقال ان مقتضى حمل فعل المسلم على الصحيح باعتبار معلوميه عدم صحه طلاق غير الزوجيه هو حمل انشاء طلاقهن على قصد طلاقهن بعد اختيار نكاحهن لتوقف صحه الطلاق على ثبوت النكاح المستلزم لقصد الاختيار.

لکن یرد علیه اما اولا بعدم حجیته مثبتات اصاله الصحه فان صحه الطلاق لا یستلزم قصد الاختیار الاعلی القول بالاصل المثبت و اما ثانیا ان مقتضی اصاله الصحه هو الحمل علی ما هو صحیح عند الفاعل و لعله توهم احتیاج فراقهن الی الطلاق باعتبار الزوجیه السابقه.

و اما جعل الدال علیه هو انشاء الطلاق فانه لا یوجب الدور فان ما یتوقف علیه واقعاً هو الاختیار فی الواقع فانشاء الطلاق متوقف علیه من دون توقف الاختیار علیه فعلا کما هو ظاهر.

و الحق ان یقال ان الکلام تاره فی صوره الدعوی و المنازعه کان ادعی الزوجه الطلاق لکن لاعن قصد اختیار نکاحهن و الزوجات فی مقابله یدعین الطلاق صحیحاً فمن المعلوم ان القول قول مدعی الصحه و هو الطلاق عن اختیار حتی یثبت الزوج خلافه بالبنیته فیحکم بمقتضی اقراره بالطلاق بترتب جمیع الاثار الی ان یثبت خلافه و هو مقتضی اصاله الصحه فی فعل المسلم فی العقود و الایقاعات مع الشک فی الصحه و الفساد الامع العلم بالبطلان او الاطمینان من حاله بایقاعه باطلا باعتبار دیدنه و مجرد المصادقه للواقع لایوجب حمل فعل علی الصحه فی هذه الصور و لم یقم بناء منهن علی الحمل علیه فیها.

و اما فی غیر صوره الدعوی فیاخذ بما فی الواقع من الاختیار و عدمه فطرح المسئله بهذه الصوره ساقط عن الاعتبار و لاثمره لها

ظاهراً.

نعم لو طلق الاربع و بعد مرور الايام يشك فى انه هل طلق عن اختيار النكاح او بقصد الزوجيه السابقه او من غير قصد فمع كونه عالماً بالمسئله يحكم بصحه طلاقهن و كذا فى صوره النسيان و اما مع عدم العلم بالمسئله ففى صوره الجهل ايضا كذلك الا ان يعلم عرفاً او اطمئن بعدم جريه على الطلاق الصحيح فلا يوخذ به.

ثم انه هل يجب الاختيار فوراً على وجه لايستلزم الضرر و التعطيل على الازواج فان امتنع مع ذلك الزمه الحاكم عليه فان اصر على الامتناع قيل انه يعزر حتى يختار و لايختار عنه الحاكم لانه منوط بالشهوده و قد يقال بتولى الحاكم ذلك من قبله لعموم و لايته على مثله.

و للخدشه فيه مجال واسع اذا رضيت الزوجات بالضرر و التزمن بالصبر الى ان يختار فمع ذلك لادليل على الفوريه و اما مع المطالبه بحقهن فالوجه هو الفور و اختيار الحاكم من قبله اذا امتنع و توليه من قبله فى صوره الامتناع و الضرر عليهن.

و الامتناع من الاختيار هل هو موجب للضرر على الازواج او هو مجرد عدم نفعهن من الزوجيه و فرق واضح بين العنوانين فمع تسليم دلاله الدليل على واحد من العنوانين لايستلزم الدلاله على العنوان الاخر و هو عدم النفع.

و لو اسلم الكافر بعد ان زوج ابنه الصغير بما فوق النصاب تبعه

ابنه فى الاسلام فمع اسلام الزوجات معه اختار بعد البلوغ و يمنع من الاستمتاع بهن قبل البلوغ و تجب النفقه عليه فيما قبل الاختيار.

و اما مع اسلام المجنون ففى الاختيار اشكال لعدم الاعتناء باسلام المجنون و كذا الكلام فى صوره اسلام الاب المجنون فانه لادليل على التبعيته فى هذه الصوره فان قلنا بالتبعته تخير الاب او الحاكم بناء على ثبوت الولايه و عن التذكره الايقاف الى البرء لكون الاختيار منوطا بالتشهى فله وجه فى صوره عدم الضرر و مع اطلاق الولايه فى امثال المقامات فللوالى الإختيار من دون صبر الى البرء.

الثالث فى مسائل مترتبه على اختلاف الدين الاولى اذا تزوج امراه و بتنها ثم اسلم بعد الدخول بهما حرمتا و كذا لو كان دخل بالاخت اما لو لم يكن دخل بواحده بكل عقد الام دون البنت و الاختيار و قال الشيخ له التخيير و الاول اشبه.

و الظاهر عدم الفرق فى كلماتهم بين وقوع العد دفعه او تدريجا و ان الحرمه الا بديه فى صوره الدخول بهما بمقتضى صدق امهات نسائكم، و ربائكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن و كذا الكلام فى صوره الدخول بالام لما ذكرو اما صوره الدخول بالبنت وحده فيكون زوجيتها ثابته و تختص الام بالحرمه الابديه لصدق امهات نسائكم - و قد يقال ان الوجه فى ذلك كله كون الكفار مكلفون بالفروع عندنا الا انه يحكم بصحه ما فى ايديهم مما شاتا

معهم لا واقعا و فى نفس الامر.

لكن يرد عليه انه بناء على كونهم مكلفين بالفروع لايتحقق بينهم زوجيه فى صوره الازدواج دفعه و عدم تحقق الزوجيه للنهى عنها شرعا فمع الدخول باحدهما هو دخول على غير الزوجه و اما على ترتب العقد يكون السابقه صحيح دون اللاحقه لعدم بقاء محل مع الاولى من غير فرق بين الدخول بالام او البنت.

و اما مع القول بعدم تكليفهم بالفروع و ان ما بايديهم صحيح مؤثر فى حصول ما قصدوه منها من المسببات فالحق ما ذهب اليه المشهور من حرمتهما ابداً عليه فى الصورتين الاولتين و هى صوره الدخول بهما او الدخول بالام و حرمه الام خاص فى صوره الدخول بالبنت و عدم فان امهات نسائكم و ربائكم الخ محكمه فى هذه الصوره من غير فرق بين القول باختصاصها بالمسلمين او عموم المكلفين و انما خرج الكفار عن تحتها بادله الاقرار لكون المفسد مستمرا و مع ذلك لايقر عليه بعد الاسلام.

و القول بحرمه الام دون البنت و بقاء الزوجيه فيها هو المشهور بين الاصحاب المتاخرين لعدم الموجب لبطلان النكاح لان نكاح الكافر صحيح و من ثم قلنا بالتخيير لو اسلم على ازيد من اربع و يصح نكاح الاربع من غير احتياج الى تجديد العقد و القول الثانى هو المنقول عن الشيخ فى الخلاف و اتباعه.

و قال فى نكاح الخلاف مسئله ١٠٨ اذا اجمع بين العقد على الام و

البنت فی حال الشرک بلفظ واحد ثم اسلم کان له امساک ایتهماشاء و یفارق الاخری و للشافعی فیه قولان احدهما مثل ما قلناه و هو اقوا هما عنده و الاخر یمسک البنت و یخلی الام و هو اختیار المزنی.

دلیلنا ان المشرک اذا جمع بین من لایجوز الجمع بینهما فی نکاح فانما یحکم بصحه نکاح من ینضم الاختیار الی عقدها الاتری انه اذا عقد علی عشره دفعه واحده و اسلم و اختار منهن اربعاً و لایجب علیه نصف المهر انکان قبل الدخول فاذا کان کذلک فمتی اختار احدیهما حکمنا بانه هو الصحیح و الاخر باطل و لانه اذا جمع بین من لایجوز الجمع بینهما و اختار فی حال الاسلام کان اختیاره بمنزله ابتداء عقد بدلیل انه لایجوز ان یختار الامن یجوز ان یستانف نکاحها حین الاختیار فاذا کان الاختیار کابتداء العقد کان کانه الان تزوج بها وحدها فوجب ان یکون له اختیار کل واحده منهما انتهی.

و الظاهر من کلامه عدم الفرق بین الدخول و عدم الا انه فی المبسوط قال ان لم یدخل بهما قیل یتخییر فی امساک ایتهما شاء و قیل یثبت نکاح البنت و یقوی فی نفسی الاول.

و لقد اختار فی مسئله ٧٥ من النکاح ان العقد علی البنت یوجب حرمه الام من دون فرق بین الدخول و عدم و نسب القول باعتباره الی روایه شاذه و القید راجع الی الجمله الاخیره و هی الربائب لیس الاوعن ابن رشد فی المسئله الثالثه اما الام فذهب الجمهور من کافه فقهاء الامصار الی انها تحرم بالعقد علی البنت دخل بها اولم یدخل و

ذهب قوم الی ان الام لا تحرم الا بالدخول علی البنت کالحال فی البنت اعنی انها لاتحرم الابالدخول علی الام و هو مروی عن علی ﴿عليه السلام﴾ و ابن عباس رض الله عنهما من طرق ضعیفه و منبی الخلاف هل الشرط فی قوله تعالی (اللاتی دخلتم بهن)، یعود الی اقرب مذکوروهم الربائب فقط اوالی الربائب و الامهات المذکورات قبل الربائب فی قوله تعالی (و امهات نسائکم) (و ربائکم اللاتی فی حجورکم من نسائکم اللاتی دخلتم بهن) فانه یحتمل ان یکون قوله (اللاتی دخلتم بهن) عائداً الی الامهات و البنات و یحتمل ان یعود الی اقرب مذکور و هم البنات و من الحجه ما روی المثنی عن الصالح عن عمر و بن شعیب عن ابیه عن جده ان النبی علیه الصلوه و السلام قال ایما رجل نکح امراه فدخل بها او لم یدخل فلا تحل له امها.

و هذه المسئله و ان کانت خارجه عن محل البحث الا انها توجب وضوح محل النزاع و ان مجرد العقد علی البنت لایوجب بطلان نکاح الام و لاحرمته الا بالدخول علی البنت و کیف کان ان مطابق القاعده هل هو قول المشهور او قول الشیخ و اتباعه.

قال ابن ادریس والذی نقتضیه اصول مذهبنا ان الام قد حرمت ابدا لانها من امهات نسائه و اما البنت فله ان یختارها و یمسکها زوجه لانها بنت من لم یدخل بها و انما اختار الشیخ قول بعض المخالفین و ان کان لهم فیه قول اخر.

و قال العلامه و الوجه ان نقول ان اسلم بعد الدخول بالام حرمتاً

معا و ان لم يكن دخل بها لم يحرم البنت بل الام خاصته و استدل على ذلک بالايه و قاعده الاشتراک.

مع انک قد عرفت سابقا ان مسئله المشهور غير مبتنيته على قاعده الاشتراک ضروره ان المسلم لو عقد على الام و البنت دفعه لم يحرم بذلک عليه واحده منهما و له استيناف العقد على کل واحده منهما فلا بدان يکون الکافر ايضا کذلک بناء على قاعده الاشتراک و کذا لو عقد على الام او لاثم عقد على البنت لم تحرم بذلک الام بل البنت الا ان يطلق الام قبل الدخول فيجوز له العقد على بنته بعده على ان قاعده الاشتراک يقتضى ان يکون الکافر ايضا کذلک مع ان الظاهر ان القائل بالتخيير لايفرق فيه بين وقوع العقد عليهما فى حال الشرک دفعه او تدريجا.

و قياس المسئله على من لايجوز الجمع بينهن کما فى تزويج ما فوق النصاب فى حال الکفر فاذا اسلم فله الخيار فى اختيار النصاب من بينهن يقتضى اتحاد المسئلتين من غير فرق بين ان يکون ما فوق النصاب من المحرمات جمعا او لا کما فعله الشيخ.

الا ان الذى يمکن ان يقال انه اذا عقد على الام و البنت فى حال الشرک و قد قررنا هذا النکاح له فى حال الکفر فيتحقق زوجيه الام و البنت معا فاذا اسلم قبل الدخول يصدق على الام عنوان امهات النساء دون البنت فانه لايصدق عليها الربائب المدخول بامها فالمانع انما هو من ناحيه عقد الام فيبطل و تحرم بذلک عليه دون البنت

فيبقى العقد على حاله فان القدر الذى لابد من رفع اليد عن مقتضى القعد انما هو فى ناحيه الام دون البنت الغير المدخول بامها.

لايقال ان هذا الملاک يقتضى ان يقال بصحه عقد واحده منهما بعد اسلام الزوج حتى بعد الدخول بهما.

فانه يقال انه بعد الدخول بهما يتحقق العنوانان الموخوذان فى الايه و هما امهات النساء و ربائكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن و عدم صدق العنوانين فى صوره عدم الدخول بهما و من المعلوم ان عنوان امهات النساء لايحتاج فى تحققه الى الدخول نعم لا مانع من الاختيار فى صوره تزويج الاختين بعقد واحد فاذا اسلم له اختيار واحده منهما سواء دخل بهما اولا لان المانع انما هو الجمع فى الزوجيه واقعاً لا الجمع فى التعبير فاذا توجه الى المانع بعد الاسلام له الاختيار كما اذا اشترى دارين لا تصلح واحده منهما لا بعينه للملكيه فله ان يختار واحده منهما من دون احتياج الى عقد جديد لكن تحقق عنوان امهات النساء فى حال الكفر يمنع عن الحكم بصحه عقد كل واحد منهما عليحده بل بمجرد الاسلام بحكم ببطلان ما يحقق عنوان المحرم و هو عقد الام دون البنت لعدم الدخول عليه.

و لو اسلم عن امه و امها فان كان وطئهما حرمتا و ان كان وطاء احديهما حرمت الاخرى و ان لم يكن وطاء واحده يخير.

وجه التحريم مع وطيهما لان وطى كل واحده من الام و البنت

يحرم الاخرى سواء وقع بعقد او ملك او شبهه و اما ازا دخل بواحده منهما فقد حرمت الاخرى لانها اما ام المدخول بها او بنتها و يستقرا الحل على الوطوئه و لو لم يدخل بواحده منهما تخير للوطى ماشاء منهما كما فى حال الاسلام.

و يمكن ان يقال انه مع الوطى على الاولى لايترتب عليها الحرمه بوطى الثانيه لانها وطى عن شبهه فلايوجب حرمه السابقه كما فى غير المقام من وطى الشبهه كما اذا عقد على امراه ثم وطى امها شبهه فانه لايوجب حرمه البنت لعدم ترتب حكم عليه ففى المقام ايضا كذلك و لم يقم دليل على كون وطى احدهما بمنزله العقد و الدخول على كل منهما اللهم الا ان يقوم اجماع عليه و انا لهم باثباته.

و لو اسلم عن اختين تخيرايتهما شاء و لو كان وطيهما.

من غير فرق بين الترتيب و الدفعه هنا لما تقدم من تخيير بين وطيهما و عدم لان المحرم انما هو عنوان الجمع و مع ترك واحده منهما يرتفع المناع و الحكم فى غير المختار مثل حكم غير المختاره من السناء اذا كن فوق النصاب و اختار اربعا منهن.

مضافا الى اطلاق صحيح جميل بن دراج عن ابى عبدالله فى رجل تزوج اختين فى عقده واحده قال يمسك ايتهما شاء و يخلى سبيل الاخرى و قال فى رجل تزوج خمساً فى عقده واحده قال يخلى سبيل ايتهن شاء.

و عنه ايضا عن بعض اصحابه عن احدهما انه قال فى رجل تزوج

اختين فى عقده واحده قال هو بالخيار يمسک ايتهما شاء و يخلى سبيل الاخرى.

و عدم تفصيل النبى هو الحجه بين كونهما على الدفعه (والترتيب و المشهور فى صوره الازدواج فى حال الاسلام هو الحكم ببطلان عقد كل واحده منهما الاما تقدم عن الشيخ فانه اختار الاختيار مع انه يمكن ان يقال باختصاص الروايات (غير خبر فيروز) على ابتداء النكاح فلا يستفاد منه حكم الاستدامه و القواعد تقتضى التفصيل بين من تقدم عقدها فيحكم بالصحه و بين التقارن و التاخر فيحكم بالبطلان، الا ان المشهور لم يأخذ و ابالقوا عدهنا و حكموا باتحاد هذه المسائل على طبق مسئله الازدواج فالمسلم بينهم هو التخيير و ان كان مجال الخدشته فى ادلتهم واسعاً.

فيمن اسلم عن العمه و بنت الاخ الخ

و كذا لو كان عنده امره و عمتها او خالتها و لم تجز العمه و الخاله بالجمع اما لو رضيتا صح الجمع.

لاكلام فی صوره الرضا بل لو رضيتا فی حال الكفر كان مقتضی القاعده هو الصحه اما الكلام فی صوره عدم الرضا فان مقتضی القاعده هو الصحه من دون بطلان عقد واحده منهما سواء كان مع الترتيب او الدفعه لان الادله النهايته عن تزويج بنت الاخ و الاخت انما هو فی صوره ابتداء النكاح لافی صوره استدامه حكمه لانه لسان الادله انما هو بعنوان (لاتجمع) او (لاتزوج) ابنه الاخ و الاخت علی العمه او الخاله فهو بصدد بيان المنع عن ايجاد العقد فهی غير متعرضه لاستدامه حكم العقد الثابت فی حال الكفر بمقتضی ادله الاقرار فی حال كفرهم.

و بعباره اخرى هل حكم العقد الثابت يحتاج الى دليل ازيد من عنوان النهى عن الجمع او النهى عن تزويج احديهما على العمه او الخاله.

اضف الى ذلك ان مقتضى ما ذكره المشهور هو الحكم بالبطلان فى صوره عدم الرضا اذا كان تزويج بنت الاخ او الاخت على العمه و الخاله لاالعكس مع انه يتراى منهم كما اعترف به صاحب الجواهر بعدم الفرق فى الحكم بالتخيير بين سبق عقد العمه و تاخرها و المقارنه لكن الالتزام به فى غايه الاشكال اذا قياس استدامه العقد على حكم العقد فى حال الاسلام يقتضى الحكم بصحه العقد اذا كان العمه و الخاله داخلتين على بنت الاخ او الاخت لاالحكم بالتخيير فى هذه الصوره ايضا كما اعترف به السيد فى اصل المسئله فقال اذا حصل بنتيه الاخ و الاخت بعد التزويج بالرضاع لم يبطل و كذا اذا جمع بينهما فى حال الكفر ثم اسلم على وجه انتهى.

فانه قده حكم بالصحه حتى فى صوره التقارن و تقديم عقد العمه و الخاله على بنت الاخ و الاخت - والحكم بالتخيير فى هذه المسئله كمسئله الام مع البنت و مسئله الاختين مع اسلام الزوج بعد العقد انما هو بالقياس الى مسئله الازدواج فى حال الكفر فحكم الاصحاب على الاختيار فيما فوق النصاب لكن النص لم يردفيها بالخصوص كما اعترف به صاحب الحدائق فى مسئله العمه و الخاله بقوله و لاريب ان هذه الفروع كلها ما ذكر و ما ياتى و كذا ما تقدم فى الكتب

السابقه کما تقدمت الاشاره الیه انما اخذها الاصحاب من کتعب المخالفین لعدم وجود امثال هذه التقریبات فی کتب اصحابنا المتقدمین حیث انها مقصوده علی مجرد نقل الاخبار انتهی.

و کذا لو اسلم عن حره و امه، مع کونهما زوجتین لاملک یمین له فیصح عقد هما مع الرضا ای رضاء الحره و ان لم ترض بذلک بطلت عقد الامه دونها و محل الکلام فی المقام انما هو فی صوره تقدیم عقد الامه و عدم علم الحرمه بذلک حین العقد فلو علم بذلک لم یصح الفسخ.

قال فی النهایه لو عقد علی الحرمه و عنده زوجه هی امه ان الحره مخیره بین الصبر و بین الاعتزال و هو اختیاره فی باقی کتبه عدی التبیان فانه جعل للحره الخیار ایضا فی فسخ عقد الامه و منعه ابن ادریس کل المنع بل لها المنع فی فسخ عقد نفسها و امضائه لان فسخه یحتاج الی دلیل.

فالحکم ببطلان عقد الامه فی صوره عدم العلم او الاقتران مع عدم علمها و اما فی صوره العلم بالاقتران او العلم بتقدم عقد الامه فلا بطلانه اذا لا توقف للرضا کما فص ذلک فی بابه.

ثم ان عباره المتن فی المقام مطلقه من جهته التخییر او بطلان عقد الامه کما لایبعد ان یکون المراد هو الاخیر و مع ذلک لم یفرق فیه بین التقدیم و التاخیر و التقارن فحکم ببطلان عقد الامه فی صوره عدم رضاء الحره و الالتزام به مشکل و غایه الامر لابد ان یفرض

استدامه العقد عقدا ابتدائيا حتى يتفرع عليه حكم العقد الابتدائى الصادر من المسلم كما فرضوها كذلك.

لكنك قد عرفت مع عدم الدليل على اصل المدعى ان الحكم باطلاقه فى المقام لايمكن الالتزام به مع عدم وجود اجماع عليه و القول باتحاد حكم الاستدامه فى بعض المواضع مع الاستدامه كمسئله اسلام الزوج عن خمسه او اكثر و كمسئله الاختين و غير ذلك لايدل على اتحاد الاستدامه و الابتداء فى كل مكان مع ان التعبيرات الواقعه فى لسان الروايات فى صوره التزويج بما فوق الاربع ناطقه بكون مازاد على الاربع مبغوضاً مطلقاو كذا الاختين.

ففى روايه منصور بن حازم الوارده فى تفسير العياشى عن ابى عبدالله ﴿عليه السلام﴾ قال لايحل لماء الرجل ان يجرى فى اكثر من اربعه ارحام من الحرائر.

و فى صحيحه محمد بن مسلم عنه ﴿عليه السلام﴾ قال اذا جمع الرجل اربعاً و طلق احديهن فلايتزوج الخامسه حتى تنقضى عده المراه التى طلق و قال لايجمع مائه فى خمس.

فان هذا اللسان لايفرق فيه بين الابتداء و الاستدامه بخلاف عقد العمه و بنت الاخ و الخاله و بنت الاخت لعدم المبغوضيه ذاتا بل مع الرضا يجمع بينهما و كذا فى صوره عقد الامه مع الحره فانه لادليل على اتحاد حكم الاستدامه و الابتداء كما لايخفى.

فما دل من الاجماع و الضروره على اتحاد حكم الاستدامه و

الابتداء لا يوجب الاخذ به فيما لم يقم دليل عليه كما فى امثال هذه المسائل.

ثم ان العباره الموجوده فى الشرايع فى المسائل الثلاثه هكذا (و لو اسلم عن اختين تخير ايتهما شاء و لو كان وطئهما و كذا لو كان عنده امراه و عمتها او خاله و لم تجز العمه و لا الخاله بالجمع اما لورضيتا صح الجمع و كذا لو اسلم عن حره و امه - فان اتحاد السياق يقتضى تقدير الفعل و هو (يتخير) فى كل واحد من الموضعين بعد كلمه (كذا) اى يتخير بين العمه و بنت الاخ و الخاله و بنت الاخت و ايضا يتخير بين الحره و الامه، و لايلتزم به احد فلا بد من رفع اليد عن اتحاد السياق فى الاخيره و هو الحره و الامه فيحكم بالبطلان فى الامه دون الحره - فدار الامر بين الحاق الجمله الوسطى بالاولى حتى يقال بالتخيير كما صنعه صاحب الجواهر و فهم ذلك الحدائق و غيره من ظاهر كلماتهم او يلحق بالاخيره فيستفاد البطلان فى عقد بنت الاخ او الاخت فى صوره عدم الرضا كما فى عقد الحره مع الامه و الظاهر هو الاخير اى الحكم بالبطلان فى الامه فيما اذا كانت داخله على الحره و كذا الحلم بالبطلان فى صوره دخول بنت الاخ و الاخت عليهما لامطلقا و لايستفاد ازيد مما ذكر من عباراتهم.

و عن العلامه فى التحرير ما لفظه لو اسلم عن اختين تخير ايتهما شاء وخلى سبيل الاخرى سواء دخل بهما اولا و كذا لو كان عنده

امراه و عمتها او خالتها اذا لم تجز العمه و الخاله نكاح بنت الاخ او بنت الاخت و لو اجاز تاصح نكاح الجميع و كذا لو اسلم عن حره و امه انتهى.

فان صحه نكاح الجمع فى صوره الرضا و الاجازه تنادى ببطلان واحده من العقدين و هو عقدبنت الاخ و الاخت او عقد الأمه لاالحكم بالخيار بينهما كما لايلتزمون به فى الصوره الاخيره ـ و لعمرى ان المسئله واضحه لامريه فيه فلايفهم من عباره الشرايع و لا العلامه ازيد مما ذكروها فى اصل المسئله و هو الجمع فى صوره اسلام الزوج كى يشنع عليهم صاحب الحدائق بانهم اخذوها من كنت المخالفين نعم لو حكموا بالتخيير كان ما ذكره و استفاده حقا لكنك قد عرفت عدم فهم ذلک من عباراتهم.

ثم انه اذا قلنا بتماميه اطلاق الادله فى حال الكفر و الاسلام كان الحكم كما ذكروا من توقف صحه عقد الامه و كذا عقد بنت الاخ و الاخت على رضاء الحره او العمه او الخاله كما اذا قلنا بان حكم الاستدامه كحكم الابتداء و اما اذا قلنا بعدم الدليل على اتحاد الحكمين فمع الصحه فى حال الكفر لايتوقف الصحه بعد الاسلام الى الاجازه كما لا يبعد فلذا اعترف به السيد و جمع من اصحابنا المتاخرين كثر الله امثالهم و قدس الله اسرارهم نعم لو كان مقصود صاحب الشرايع هو ما ذكره الصدوق من ان اجازه كل واحد من العمه او الخاله او بنت الاخ و الاخت شرط فى الداخله كما عن المقنع

كان للتخيير وجه من جهته توقف صحه عقد العمه او الخاله ايضا على اجازه بنت الاخ او الاخت لكن المصنف فى اصل المسئله لايقول بمقالته فراجع.

اذا اسلم المشرك عنده حره و ثلاث اماء فاسلمن معه يخير مع الحره امتين اذا رضيت الحره.

اذا كن الاماء و ثنيات اذ لامانع منه اذا كن كتابيات اما التخيير فى الاثنين باعتبار عدم جواز ازيد منهما له و عدم اعتبار الشرطين فى الاستدامه و ان كان شرطاً فى الابتداء و يجوز فى الاستدامه ما لا يجوز فى الابتداء.

و لو اسلم الحرو عنده اربع اماء بالعقد تخيرا متين و لو كن حرائر ثبت عقده عليهن.

اذا لم يكن مانع اخر من بقائهن كما اذا كن ذميات و اما اذا كن مشركات ينتظر الى خروج العده.

و كذا الكلام لو اسلمن قبل انقضاء العده فيحكم بالتخيير بين امتين منها اذا كن اماء و الجميع اذا كن و ثنيات حرائر لان اسلامهن فى العده كلاسلامهن معه.

لو كن اكثر من اربع فاسلم بعضهن كان بالخيار بين اختيار هن و بين التربص فان لحقن با او بعضهن و لم يزدن على اربع ثبت عقد عليهن و ان زدن عن اربع تخير اربعا و لو اختار من سبق اسلامهن لم يكن له خيار فى الباقيات و لو لحقن به قبل العده.

اذا اسلم الكافر على اكثر من اربع و كن و ثنيات غير مدخول بهن يفسخ نكاح الكل و اما اذا كن مدخولا بهن فان اسلم بعضهن دون بعض فله الانتظار الى خروج العده فان اسلم يتخير من بينهن و ان لم تسلم يثبت نكاحه على من اسلم فليس عليه اجبار اختيار من اسلم الى خروج العده و لايفرق فى صوره اسلام الكل بين المتقدم اسلامها و المتاخر و اذا اختار من سبق اسلامهن فليس له اختيار الباقى فيتعين النكاح فيمن اسلم اذا كن نصابا فما دونه و اما لو كان بعضهن كتابيات من اول الامر كن بمنزله المسلمات فى جواز اختيار هن من غير انتظار و بين انتظار البواقى الى ان تخرج العده.

ثم انه بناء على جواز الاختيار فى اى زمان فهل هو بعد اسلامهن او ان له اختيار من شاء منهن و لو لم يكن بالفعل مسلمات الا انه قبل خروج العده تقبل الاسلام و الظاهر عدم الفرق بين اسلامهن فعلا ام لافلو اختار الاربع من الكافرات حال كفرهن و اتفق لحو قهن به فى العده امكن الاكتفاء به و ثبوت عقده ح عليهن.

هذا بناء على عدم اعتبار التنجيز فى الاختيار فان اختيار الكافرات فعلا بعد التوجه الى الحكم الشرعى و هو عدم قابليه الوثنيه للزوجيه لايتمشى الاعلى التعليق و مجرد اسلامهن فى الواقع و كونهن من محل الاختيار لايوجب التنجيز فى الاختيار بعد عدم علمه بالحال و عدم كونه مبدعا باختيار الاربع سواء اسلمن فى متن الواقع ام لافان الفرض الاخير خارج عن محل النزاع.

و كذالو علق اخيتاره على من سبق اسلامهن لعدم الدليل على البطلان فى صوره كون الاختيار معلقا على الشرط و الوصف فان قصد الانشاء فى صوره التعليق متمش منه فلا فرق بين صوره التعليق على من سبق اسلامهن او اختيار الاربع المخصوصات فاتفق اسلامهن و انكشف كونهن من محل الاختيار لعدم دليل متبر على بطلان التعليق و عدم الدليل على التنجيز حتى فى عقد البيع و غيره من عقود المعاملات و الاجماع المدعى ضعيف لكون مستنده وجها عقلياً لا تعبدياً كما حقق فى موضعه.

(المسئله الثالثه) لو اسلم العبد وعنده اربع حرائر و ثنيات فاسلمت معه اثنتان ثم اعتق و لحق به من بقى لم يزد على اختيار اثنتين لانه كمال العدد المحلل له، و لو اسلمن ثم اعتق ثم اسلم او اسلمن بعد عتقه واسلامه فى العده ثبت نكاحه عليهن لاتصافه بالحريه المبيحه للاربع و فى الفرق اشكال.

و ليعلم ان المناط فى الاختيار ان كان زمان الاسلام و هو وقت توجه الاحكام عليه و ان لم يختر فعلا يكون حكمه فى الصوره الاولى اختيار اثنتين لاغير و ان كان اسلام الاثنتين معه او بعده قبل عتقه لا يعين عليه الاختيار لان له انتظار الاخيرتين فى العده واما لو كان المدار على حال العبد عند الاختيار الفعلى خارجا لاتجدح ثبوت نكاحه عليهن اجمع مع فرض الحوق الاثنتين فى العده و بعد عتقه ضروره كونه حرا حين الاختيار الفعلى فعلى هذا لايفرق بين صوره

اسلام الاثنتين معه او بعده قبل عتقه او اسلام الجميع بعد عتقه الذى هو بعد اسلامه فيكون حكم الصوره الاولى و هو اسلام الزوج و اسلام اثنتين من الزوجات ثم العتق و لحوق الباقى به بعد العتق والصوره الاخيره فى عباره المحقق وهو اسلامهن بعد العتق والاسلام الذى هو مقدم على العتق لكون العبد فى كل واحد من الصورتين حراحين الاختيار الفعلى فالمناط ان كان على حين توجه الخطاب عليه فانه فى الصورتين عبد حين الاسلام و ان كان على حين الاختيار الفعلى فهو حر حينه فلامانع من اختيار الاربع فلا يفرق بين الصوره الاولى والصوره الاخيره فى اختيار الاربع او اثنتين و اما الصوره الثانيه فى عباره المحقق وهو اسلامهن قبل العتق ثم عتق ثم اسلم فانه يتعين عليه الاربع لانه حرحين الاختيار الفعلى واما اذا عتق ثم اسلم والحقن به جميعاً فى العده فالظاهر ان المناط ان كان فى الاختيار على حال توجه التكليف له اختيار الاربع لانه حين الاسلام حر وان كان المناط على حال لااختيار الفعلى وهو زمن لحوقهن فله ايضا اختيار الاربع لانه حين الاختيار حر و كذا حين اجتماع الاسلامين فمع تقدم العتق على اسلامه لايفرق فى اختيار الاربع بين تقدم اسلامهن على العتق كما فى الصوره التى ذكره الماتن و بين تاخر اسلامهن عن اسلامه فله ايضا اختيار الاربع.

و الحق ان يقال ان المناط انما هو سبق الحريه على الاسلام

فيختار اربعاً من غير فرق فى ذلك بين تقدم اسلامهن او تاخره و بين تقدم اسلام البعض ومعيته اسلام البعض وتاخر اخرين لان زمان الاختيار هو زمان توجه التكليف والاختيار الفعلى يكشف عن ثبوت الزوجيه له من حين العتق قبل اسلامه و اما اذا تاخر العتق عن اسلامه فلا يختار الا اثنتين لانه حين توجه الخطاب عليه و هو حال الاسلام عبدو باختياره يكشف عن زوجيه الاثنتين له من حين اسلامه و هو عبد فلا يختار الا اثنتين.

واما اذا قلنا بان المناط على حين الاختيار الفعلى فلا يبقى فرق بين الصوره الاولى وبين الصوره الاخيره وهو تاخر اسلامهن عن اسلام والعتق معاً مع تقدم الاسلام على العتق.

وفى القواعد لو اسلم العبد عن اربع حرائر فصاعد او ثنيات ثم اعتق ولحقن به فى العده تخير اثنتين فاذا اختارهما انفسخ نكاح البواقى وكان له العقد على اثنتين آخرتين لانه ح حر.

وفى كشف اللثام فى شرح العباره ما لفظه وهذا يشمل ما تقدم العتق على اسلامهن او تاخر او توسط وعلى الاول الاقوى وفاقا للمبسوط و التذكره والتحرير ثبوت النكاح على الجميع فان استقرار الاختيار من حين اسلامهن وهو حر وعلى المتوسط بان اسلام ثم اسلمت اثنتان او اسلمتا معه ثم اعتق ثم لحقت به الاخريان فى العده يحتمل ثبوت النكحاح على الجميع من جهه انه لايتعين عليه اختيار من سبقت الى الاسلام لجواز التربص الى اسلام الباقين واذا اسلمتا

كان حرا والعدم كما فى المبسوط من تحقق الاختيار من حين اسلام الاولتين و ان جازله التربص الى اسلام الاخيرتين وهو ح عبد.

وقال فى شرح قوله ولو اعتق اولا ثم اسلم ولحقن به تخير اربعاً ان كن ازيد بلا اشكال - فمورد الاشكال فى عباره كاشف اللثام انما هو صوره تاخر العتق عن اسلامه فلا يبقى اشكال من جهه تقدم العتق على اسلامه سواء كان تقدم اسلامهن على العتق او تاخر عن اسلامه كما هو ظاهر.

و قد تبع بذلک ثانى الشهيدين الذى قد جعل وجه الفرق بين الصوره الاولى والمتاخره وجود محل الاختيار حال العبوديه فيتعين عليه اثنتان بخلافه فى لاصوره الثانيه وهى تقدم العتق على اسلامه مع تقدم اسلامهن على العتق فانه حين الاسلام يتعين عليه اختيار الاربع او الصوره الاخيره و هو تاخر اسلامهن عن اسلامه وان كان عتقه متاخراً عن اسلامه و فيما لو اسلم معه واحده وغير ذلک مما لايتحقق معه خطاب الاختيار لعدم وجود موضوعه او عدم كماله كما فى الواحده بخلاف ما لو اسلم معه اثنتان فما فوقهما فان وجود محل الاختيار متحقق وان كان له تاخيره الى التمام لكن تشخص ان اختياره اثنتين وان اخر ذلک الا انه لايتغير اختياره لان الفرض تحقق موضوعه حين كونه عبداً باسلام اثنتين فيكون له اختيار العبدوان تعقبت الحريه.

واما بناء على ما اختاره العلامه فى التحرير والتذكره من كون

المناط فى الاختيار انما هو صوره اجتماع الاسلامين فعليه لو اسلم ثم عتق ولحقن به فى العده كان له اختيار الاربع لانه حين اجتماع الاسلامين حر وكذلك لو اسلم واسلم معه واحده ثم لحقت به الباقى بعد عتقه فانه ايضا كذلك وكذا الكلام لو عتق ثم اسلم معه اثنتان او لحقن به فله الاربع ايضا واما لو اسلم واسلم معه اثنتان او ثلثه ثم عتق فليس له الا اختيار اثنتين لانه فى حال اجتماع الاسلامين عبد وان كان له الصبر فى اختيار الاخرين فى العده فاذا تاملت ما ذكرناه تقدر على استنباط حكم جميع الفروع بناء على كلا المسلكين.

كما اذا اسلم ثم اعتق فاما ان يكون اسلامهن قبل اسلامهن قبل اسلامه او بعد اسلامه او حين اسلامه او حين العتق او بعد العتق وكذلك اذا اسلمن معه او قبله او بعد اثنتان او ثلاثه منهن او واحده وفى صوره تاخر الاسلام عن العتق فيلاحظ حكمه مع تقدم اسلامهن او تاخره او كون اسلامهن مقارنا مع عتقه او اسلامه وتقدم بعضهن وتاخر وكذا الكلام فى صوره اتحاد زمان العتق والاسلام فله اختيار الاربع مطلقا فى هذه الصوره الاخيره.

ثم ان تشبيه المسئله بما اذا طلق العبد امراته طلقتين ثم اعتق باعتبار عدم كون العتق دخيلا فى ملك المطلقه الثالثه واما لو طلقها طلقه واحده ثم اعتق فله طلاق اثنتين - مضافا الى عدم تماميه الكلام فى حد ذاته فيما اذا تقارن العتق مع الطلقه الثانيه و فيما اذا لم يقع الطلقتين معا فى حال العبوديه ومضافاً الى عدم تماميته فى ما اذا

طلق زوجته فى حال الحريه طلقتين ثم استرق فانه لايمكن الالتزام بجواز الطلاق الثالثه للعبد بعد كونه حراً فى الطلقتين -ان اصل المسئله ساقط عندنا فان الاعتبار بحال المراه فكل امراه حره وانكانت تحت عبد اذا استكملت الطلاق ثلاثاً مع تخلل رجعتين فى البين حرمت على المطلق حتى تنكح زوجا غيره واما الامه فاذا طلقت طلاقين بينهما رجعه حرمت على زوجها حتى تنكح زوجا غيره واما الامه فاذا طلقت طلاقين بينهما رجعه حرمت على زوجها حتى تنكح زوجاً غيره وانكانت تحت حر.

كما فى صحيحه حماد بن عيسى عن ابيعبدالله﴿عليه السلام﴾ قال قلت له اذا كانت الحره تحت العبد كم طلاقها قال فقال الطلاق والعده بالنساء

وابى الصباح الكنانى عنه قال اذا كان الرجل حرا و امراته امه فطلاقها تطليقتان واذا كان الرجل عبداً وهى حره فطلاقها ثلث -الى غير ذلك من الروايات الصحيحه الوارده فى المسئله وافتى بمضمونها الاصحاب.

(فى اختلاف الدين)

الرابعه اختلاف الدين فسخ لاطلاق فان كان من المراه قبل الدخول سقط به المهر وان كان من الرجل فنصفه على قول مشهور وان كان بعد الدخول فقد استقر ولم يسقط بالعارض.

اما فى صوره اسلام المراته قد يقال انه بمنزله الفسخ فاذا انفسخ العقد الذى كان قد اوجب قبل استيفاء المعوض رجع استحقاق العوض الى مالكه سيما مع كون الفسخ من قبلها باسلامه و تقصيره بعدم اسلامه لايرفع مقتضى قاعده الفسخ وثبوت المهر فى ذمته لو ماتت او مات على القول به كما هو المشهور ليس من جهه كون موت احد الطرفين فسخاً فلذا لايحرم اللمس والتقبيل بشهوه ونحوه ذلك.

لكن يمكن منع كون الفسخ فى المقام فسخاً عقلائيا حتى يوجب رد كل عوض الى صاحبه وعلى فرض قبلو الفسخ فانما هو بالنسبه

الی الطرفین من حین اسلام احدهما لاکونه کاشفا عن عدم الزوجیه من حین العقد الی قبل زمن الاسلام ومن الواضح ان حکم الشارع بعدم الزوجیه یترتب علیه الانفساخ القهری واما عدم المهر فلادلیل علیه بعد ثبوته بالعقد.

وکون المهر فی مقابل البضع والفرض عدم استیفامه لو کان صحیحاً لاوجب عدم المهر فی صورت موت کل واحد منهما قبل الدخول ولایتلزم به الاصحاب فمقتضی القاعده هو ثبوت المهر الا انه لابد من رفع الید عنها بصحیحه عبدالرحمن بن الحجاج عن ابی الحسن﴿علیه السلام﴾ فی نصرانی تزوج نصرانیه فاسلمت قبل ان یدخل بها قال قد انقطعت عصمتها منه ولا مهر لها ولاعده علیها منه.

ثم ان الظاهر من کلامهم انقطاع العصمه بمجرد اسلام المراه او الرجل قبل الدخول لکن الالتزام به مشکل مع اسلام الزوج بعد اسلامها بلافاصله.

ویدل علی بقاء الزوجیه صحیحه السکونی عن ابیعبدالله﴿علیه السلام﴾قال قال امیرالمؤمنین فی مجوسیه اسلمت قبل ان یدخل بها زوجها فقال امیرالمؤمنین﴿علیه السلام﴾لزوجها اسلم فابی ان یسلم فقضی لها علیه نصف الصداق وقال لم یزدها الاسلام الاعزاً فان عدم الالتزام بذیل الروایه وهو الحکم بنصف الصداق لایوجب رفع الید عن صدرها الدال علی بقاء الزوجیه فی صوره اسلام الزوج بعد اسلامها بعد اخطاره وانه اذا لم یسلم یوجب ذلک انفساخ العقد

بينه وبين زوجها باسلامها.

ويدل عليه ايضا صحيحه حسين بن سعيد عن القاسم بن محمد الجوهرى الكثير الروايه عن رومى بن زراره عن عبيد بن زراره قال قلت لابيعبدالله النصرانى يتزوج النصرانيه على ثلثين دناً او ثلثين خنزيرا ثم اسلما بعد ذلك ولم يكن دخل بها قال ينظركم قيمته الخنازير وكم قيمته الخمر ويرسل به اليها ثم يدخل عليها وهما على نكاحهما الاول.

فان هذه الصحيحه و ان كان بصدد بيان امر آخر الا ان الكلام فى اسلامهما فمن البعيد ان يكون اخر شهاده المراه مقارنه باخر شهاده الرجل بل هو نادر يلحق بالعدم فالمراد من اسلام الزوجه قبلها اسلامها وعدم اسلام الزوج بعد تكليفه ودعوته الى الاسلام فيحكم بعد ذلك بالانفساخ وبذلك يقيد صحيحه ابن الحجاج الدال على انقطاع العصمه فانها تنقطع بعد عدم اختياره الاسلام والاحتياط والاستصحاب ايضا يقتضى عدم الانفساخ مضافا الى صريح دلاله صحيح السكونى بذلك ولايمكن رفع اليد عن مضمونها بعد عدم ثبوت اعراض المتقدمين منا،و اعراض المتاخرين منا مما لاوقع له على فرض ثبوته.

واما اذا كان لا الاسلام من الرجل ففى المسئله اقوال فالمشهور على النصف تنزيلا له منزله الطلاق قبل الدخول من جهه كون الطلاق ايضا نوع فسخ ومن جهه ان النصف هو المتفق عليه بين

القول بالجميع والقول بالنصف ومن جهه صحيحه الحضرمى عن ابى عبدالله قال اذا ارتد الرجل المسلم عن الاسلام بانت منه امراته كما تبين المطلقه ثلاثا- فانها داله على الفسخ و كونه كالطلاق.

وفى الكل كما ترى لان كون الطلاق نوعا من الفسخ لايقتضى ان يكون الفسخ ايضا كالطلاق فان التنصيف بذلك حكم تعبدى وليست المسئله ذات قولين حتى يوخذ بالقدر المتيقن وهو النصف بل قول بعدم شى عليه والروايه باعتداد الزوجه فهى فى صوره الدخول وفرض المسئله فى صوره ارتداد الرجل دون ارتداد المراه بعد كونهما معا مسلمين لا فى صوره اسلام احدهما بعد كونهما خارجين عن الاسلام فلا يمكن الاخذ بالروايه فى المقام من جهات كما لايخفى.

و قد يقال بالجميع بدعوى ايجاب العقد له اجمع فيستصحب ثبوته بعد ان لم يكن الفسخ من قبلها وتقصيرها بعدم الاسلام لايرفع اصل استحقاقها الثابت لها بالعقد.

و اورد عليه بان مقتضى الفسخ هو رد كل عوض الى صاحبه فيتجه ح سقوط الجميع خصوصا بعد ان لم يكن هو سببا للفسخ بل السبب انما هو حكم الشارع.

لكنك قد عرفت سابقا عدم تماميه الفسخ العقلائى بل هو تعبد بالفسخ من جهته الشارع و ليس فى البين دليل على ترتب جميع آثار الفسخ العقلائى على الفسخ التعبدى والتفكيك فى الاثار بعد ما علم

من مذاق الشرع علی تفریق المتفقات وجمع المفترقات فقد عرفت القول الثالث مع دلیله فلا نعید.

بل یمکن ان یقال ان الفسخ انما هو بالنسبته الی اثر العقد لا العقد نفسه فالفسخ یوجب سلب الملکیه الحاصله بالعقد لا جعل العقد کلا عقد وفی المقام ایضاً یجعل الزوجیه کلا زوجیه تعبداً فی عالم الشرع فالمنافع قبل سلب الملکیه وجیمع الاثار المترتبه علی الملکیه قبل الفسخ هی من ناحیه المشتری و کذا فی المقام من ناحیه الزوجه علی طبق القاعده من دون احتیاج الی التماس دلیل آخر غیر مقتضی العقد الی زمن الفسخ والعقد فی حد ذاته لم یوجب دواما حتی یرفع الفسخ اثر العقد وهو الدوام بل العقد اوجب الملکیه و الزوجیه ومقتضی الملک والزوجه ان تکونا دائمتین لاهو من مقتضی العقد – وتعبیرات کتب الفقه من جهته قصد التفهیم لامن جه بیان الواقع واما اذا کان اختلاف الدین بعد الدخول بان کفر او کفرت بعد الدخول بها فلا یسقط بذلک من المهر شی لاستقراره بالدخول الموجب للتمامیه وحصول المعاوضه بین تمام المهر وبین استیفاء البضع ان لم نقل باستقرار الملکیه حین العقد او لاستقراره بالدخول فیستصحب کما اعرتف به فی المسالک وادعی انه محل وفاق.

ولو اسلما دفعه فالعقد بحاله کما فی صحیحه طلحه بن زید عن ابیعبدالله(علیه السلام) قال سالته عن رجلین من اهل الذمه او من اهل الحرب تزوج کل واحد منهما امراه ومهرها خمراً وخنازیر ثم اسلما

قال ذلك النكاح جايز حلال لايحرم من قبل الخمر والخنازير وقال اذا اسلما حرم عليهما ان يدفعا اليها شيئا من ذلك يعطيها صداقها وفى الوافى على ما نقله عن الكافى ولكن يعطيها صداقا ولم يفرق بين الدخول و عدمه.

و اما لو لم يعلم الحال وجهل التاريخ لكن احتمل وامكن الاقتران فحكم بالصحه وبقاء الزوجيه عند جماعه واما اذا علم عدم الاقتران او الاصل يقتضى ذلك فقد يقال بعدم الاستحقاق عليه شيئا و اما بناء على ما قلناه فلابد من الجميع او النصف على قول من قاسه بالطلاق وقد سبق منا انه فى صوره اسلام الزوج بلا فاصله ايضا يشكل الحكم بالافتراق بمقتضى صحيحه السكونى وغيرها - واما مع الدخول فلا يحتاج فى اثبات جميع المهرا لى شيى اخر ورائه.

واما اذا تنازعا فادعت الزوجه سبق اسلام الزوج حتى تستحق بذلك نصف المهر والجميع على القول به قبل الدخول وادعى الزوج سبق اسلامها حتى لاتستحق المطالبه عليه وكذا فى صوره ادعاء كفره من الزوجيه او ادعاء كفرها من قبل الزوج فالذى يقتضى القاعده هو ان قول الزوجه موافق للاصل وهو ثبوت المهر بالعقد فرفع اليد عن مقتضاه يحتاج الى بينه من ناحيه الزوج فاذا لم يقم على دعواه بينه يوخذ منه المهر ويسلم الى الزوجه بلااشكال.

ولو كان المهر فاسداً وجب به مهرالمثل مع الدخول وقبله نصفه ان كان الفسخ من الرجل والمراد بالفاسد اختلال شرائط الصحه

كالجهاله وغيرها لامن حيث تحريمه فى شرع الاسلام كالخمر والخنزير كما سياتى - فقد يقال كما هو المشهور على الظاهر بثبوت مهرالمثل مع الدخول.

فالفساد تاره من جهه المجهوليه واخرى من جهه تسليمه مال الغير بعد كونه كليا وثالثه من جهه تسليم مال الغير بعد كونه هو المهر خارجاً.

واما فى صوره كون المهر مجهولا فبعدا قرارهم عليه فى دينهم وتراضى الطرفين بذلک قبل اسلام احدهما وحصول القبض بل ومع الدخول ايضا لادليل على ازيد من كونه مهراً فثبوت مهرالمثل با سلام واحد منهما يحتاج الى دليل والحال انه مفقود فى المقام وكذا القول فى صوره الفسخ اذا كان قبل الدخول وقدعرفت ان مقتضى القاعده هو عدم التنزل الى شيى آخر فيحكم بثبوت مهريه ما اخذته فى حال الكفر قبل الدخول كائنا ما كان.

واما من جهته تسليم مال الغير بعد كون المهر كليا ثابتاً فى ذمه الزوج فلا يتزل بعده الى مهرالمثل وكذا الكلام فى صوره كون المهر شيئا خارجياً فظهر مال الغير فعلى القول بعدم الانفساخ كما اذا تزوج نصرانيه فاسلم فانه يجوزله البقاء على الزوجيه استدامه كما كان له التزويج على النصرانيه ابتداء فلاكلام فى ثبوت مهر المسمى فيطالب بالبدل مثلا او قيمه كما فى صوره التلف قبل القبض - فمع تعذر التسليم لايوخذ بمهرالمثل بل الثابت فى الذمه هو مهر المسمى

فيوخذ ببدله عندالتعذر كما هو ظاهر، وكذا على فرض الانـفساخ و بالجمله ظهور كون مهر المسمى مال الغير لايـوجب الـتـنزل عـلى مهرالمثل وانكان هذا هو ما افتى به المشهور من المـتاخرين الا ان الحق احق ان يتبع فلابد فى صوره فسادالمهر التنزل الى المـثل ان كان مثليا او القيمه انكان قيما وطريق الاحتياط واضح.

ولو لم يسم مهر اوالحال هذه كان لها لمتعه كالمطلقه وفيه تردد فان كان بعد الدخول فقد يقال بثبوت مهرالمثل بلااشكال كـما عـن المسالک لانه عوض البضع حيث لم يسم غيره وان كان للخدشه فيه مجالا بعد كون ذلک مساوقا لعدم المهر اصلا ومنزلا على صـوره التصريح بعدم المهر فى شهر عهم فبعد الاسلام لا دليل على ثبوت مهرالمثل بالدخول خصوصا اذا كان الدخول قبل الاسلام كما هـو المراد ظاهراً نعم لوقام الاجماع على ثبوت مهرالمثل فى صوره عدم المهر او لتصريح بعدمه مـطلقا سـواء كـان الزوجـين مسـلمين او كافرين كما هو المسلم فى صوره اسلامهما كان لثبوت مهرالمـثل وجه.

واما مع عدم الدخول وكان الفسخ من قبل الرجـل قـيل كـان لهـا المتعه كما لوطلقها حينئذ وقيل باحتمال عـدم وجـوب شـيى عـليه لاصاله البرائه وحملها على المطلقه قياس وربما قيل بوجوب نصف مهرالمثل وهو ايضا لادليل عليه وكان عـدم الوجـه المـعتبر اوجب التردد من المصنف فلم يجزم بشى فالمتجه عدم ثبوت شيى عـليه

بعد اجزاء قاعده الاقرار.

واحتمال ان يكون استيفاء البضع من الاسباب التى تترتب عليها مسبباتها فهو ح كاتلاف الكافر مال الكافر الاخر.

واختصاص قاعده الاقرار بالنسبته الى الصحه والفساد فى العقود لا فى مطلق الضمانات - لاوجه له بعد كون استيفاء البضع عندهم من قبيل اكل مال الغير باذنه فان الاتلاف المقارن باذن صاحب المال لا يوجب سببا قهريا للضمان حتى فى شرعنا الا انه قام الاجماع على ان الدخول يوجب مهرالمثل ان لم يكن فى البين مهر وصرحوا بعدم المهر وعموم ذلك حتى بالنسبته الى زمن الكفر ممنوعه - واما اختصاص قاعده الاقرار بباب العقود لامطلق الضمانات ممنوعه لقيام الدليل على الالتزام بما التزموا به انفسهم من غير تفصيل.

والايه وهى قوله وللمطقات متاع بالمعروف حقا على المتقين وكذا الروايات الوارده فى تفسير المتعه وانها فى صوره عدم الفرض وبيان مايجب على الموسر والمعسر بحسب شان كل واحد منهم مختصه بصوره الطلاق فلا يستفاد حكم الفسخ منها باى وجه الاعلى القول بالقياس الباطل عندنا - فالقول بعدم وجوب شيى عليه فى صوره عدم الفرض هو الاولى كما ذهب اليه جم غفير من علمائنا رضوان الله عليهم اجمعين.

ثم ان فى اطلاق عباراتهم من الرجوع الى مهرالمثل اذا كان الفساد

من جهه اختلال بعض الشرايط ليس على ما ينبغى لعدم صحه الرجوع الى مهرالمثل على الاطلاق كما اذا كان للمهر المجهول حد فى صوره القله او الكثره كالماه مثلا فانه لايوخذ باقل من الماه فى صوره القله اذا كان مهرالمثل اقل من ذلك وكذا لايوخذ باكثر من ماه اذا كان مهرالمثل ازيد من ذلك فلابد لهم توضيح ذلك.

ولو ادخل الذمى واسلم وكان المهر خمراً ولم تقبضه قيل سقط وقيل يحب مهرالمثل وقيل يلزمه قيمته عند مستحله وهو الاصح.

وجه السقوط تعذر اقباضه بعد الاسلام بالنسبه الى المسلم فسقطت المطالبه به وفيه مضافا الى امكان الخدشه فى اطلاق دليل حرمه الخمر حتى بالنسبه الى التسليم الى مستحله ان صرف التعذر عن التسليم لايوجب السقوط بل ينزل معه الى قيمته عند المستحل. او يرشد اليه بنحو من الاشاره من دون تسليم.

ووجه الرجوع الى مهرالمثل عدم رضائها الا بالمهر والفرض سقوطه عنه بعد الاسلام فيرجع الى مهرالمثل وقد يستدل به الى روايه طلحه بن زيد المتقدمه بناء على نسخه الكافى على مارواه الوافى من كون الصداق نكره بقوله (ولكن يعطيها صداقا) وفيه ايضا ان تعذر التسليم من قبل الزوج لايوجب سقوط الماليه من ذمته عند العقلاء وصحيحه طلحه بن زيد قد عرفت نسخه الوسائل والموجود فيها يعطيها صداقها والمراد هو لامهر المسمى مضافا لاى اشعار حكمه الصداق الى مهر المسمى فانه عباره عما تصادق

عليه الزوجان وهو عباره اخرى عن مهر المسمى.

و وجه الرجوع الى القيمه باعتبار كونها اقرب شى الى الخمر مثلا بعد تعذر التسليم ولان مهر المثل قد يزيد عن المسمى والزوجه معترفه بعدم الاستحقاق و كذا قد ينقص عن المسمى والزوج معترف بان ما وجب عليه ازيد من المثل كما فى صوره اكل مال الغير باذنه على مبلغ معين فبعد الاجازه على مقدار معلوم فانه لايوخذ بازيد مما اجازه ولا انقص ولوجوب قيمه الخمر لو اتلفها المسلم على ذمى وترافعا الينا ولصحيحه رومى بن زراره وعن عبيد بن زراره قال قلت لابى عبيد ابن زراره قال قلب لابى عبدالله (عليه السلام) النصرانى يتزوج النصرانيه على ثلثين دنا خمراً و ثلثين خنزيرا ثم اسلما بعد ذلك ولم يكن دخل بها قال ينظر كم قيمه الخنازير وكم قيمه الخمر ويرسل به اليها ثم يدخل عليها وهما على نكاحهما وفى السند القاسم بن محمد الجوهرى وهو كثير الروايه ومتقن الحديث فلايضر فى صحه الحديث بعد كونه موثقا - والاشكال عليه بضعفه كما عن الجواهر مما لاينبغى ولايفرق فى الحكم بين كون الخمر معينا او كليا فى الذمه و بين قبض البعض قبل اسلامهما وعدمه.

(المسئله الخامسه) اذا ارتد المسلم بعد الدخول حرم عليه وطى زوجته المسلمه ووقف نكاحها على انقضاء العده، لافرق فى الارتداد بين كونه قبل الدخول او بعده لانه كفر يمنع التناكح بينه و بين

المسلمه والتقييد ببعديه الدخول فى كلام المصنف ليترتب عليه الحكم الذى بعده و قد تقدم سابقا ان الارتداد اذا كان عن فطره بانت منه مطلقا ولو وطئها لشبهه عليها فعليه مهر اخر للشبهه وان كان عن مله فان كان قبل الدخول حصل البينونه وان كان بعده وقف على انقضاء العده فان اسلم استمر على النكاح الاول وان بقى على ارتداده انفسخ النكاح من حين الكفر فلو وطئها لشبهه على المراه فمع الرجوع فى العده لاشيى عليه لكشف الاسلام عن الزوجيه عن اول الامر واما اذا لم يسلم حتى خرجت العده فان عليه المهر للشبهه كما فى الفطرى.

ثم ان مورد كلام المصنف وعده من الاصحاب كالعلامه فى التحرير هو وطى الزوجه المسلمه واما غير المسلمه فقد تقدم منا عدم الدليل على انفساخ الزوجيه اللهم الا ان يقال ببينونه الزوجه مطلقا بمقتضى صحيحه محمد بن مسلم قال سالت ابا جعفر عليه السلام عن المرتد فقال من رغب عن الاسلام وكفر بما انزل الله على محمد(ص) بعد اسلامه فلا توبه له وقد وجب قتله وبانت منه امراته ويقسم ما ترك على ولده - الا انه يقيد بالفطرى.

وروايه مسمع بن عبدالملك عن ابيعبدالله قال قال اميرالمؤمنين(عليه السلام) المرتد (فى التهذيب عن الاسلام) تعزل عنه امراته و لاتوكل ذبيحته ويستتاب ثلاثه ايام والا قتل يوم الرابع.

لكن المشهور على خلاف مضمون هذا الخبر لعدم قبول توبته

ظاهراً بالنسبه الى القتل بل يقتل وان كان توبته مقبوله فى الواقع اضف الى ذلك ان عزل المراه عباره اخرى عن المنع عن الوطى وكنايه عنه لا البينوته بالفسخ كما فى الروايه الاولى مع انه يختص بالملى كما فى روايه على بن جعفر عن اخيه ابى الحسن (عليه السلام) قال سالته عن مسلم تنصر قال يقتل ولايستتاب قلت فنصرانى اسلم ثم ارتد قال يستتاب فان رجع والا قتل.

الا انها يمكن تقييد هما بموثقه عمار الساباطى التى قال فيه كل مسلم بين مسلمين والمفروض منها كون الطرفين مسلمين.

ولو وطئها بالشبهه وبقى على كفره الى انقضاء العده قال الشيخ عليه مهران الاصلى بالعقد والاخر للوطى بالشبهه وهو مشكل لانها فى حكم الزوجه اذا لم يكن عن فطره، والمراد من الوطى بالشبهه هنا ايضا كغيره هو وطى الاجنبيه لشبهه انها حليله اما لشبهه فى الموضوع كما اذا كان قاصد الوطى امراه اخرى فصادف زوجته او لاجل شبهه فى الحكم كما اذا جهل بالانفساخ او علم لكن نسى بعده او غفل عن ذلك الى غير ذلك من صور الشبهه فى الحكم والموضوع.

فلو كان المرء عالما بالتحريم لحق الولد بالمراه ويحد الرجل حدالزانى ولها عليه مهر المثل ولاعده عليها على الاصح وان كان هو الاحوط كما سياتى فى موضعه ولو كانت المراه عالمه بالتحريم وجهل الواطى لحق به النسب ووجبت له العده و تحد المراه حد

الزانيه ولا مهر لها لانها بغى تستحق شيا.

ثم انه يدل على ثبوت المهر فى وطى الشبهه صحيح سليمان بن خالد قال سالته عن رجل تزوج امراه فى عدتها قال فقال يفرق بينهما و ان كان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها ويفرق بينهما فلا تحل له ابدا و ان لم يكن دخل بها فلاشيى لها من مهرها.

و خبر على بن ابى حمزه عن ابى بصير عن ابيعبدالله انه قال فى رجل نكح امراه وهى فى عدتها قال يفرق بينهما ثم يقضى عدتها فانكان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها ويفرق بينهما الحديث الى غير ذلك فان العله منصوصه يوخذ بها فى كل مكان واختصاصها بموردها مما لاوجه له.

ثم ان المراد من المهر فى باب الوطى فى العده هو مهر المسمى واما فى المقام الظاهر هو مهرا لمثل والوجه فى ذلك ان المقام لم يكن فيه مهرا لمسمى بخلاف الوطى فى العده فلابد من الرجوع الى مهر امثالها.

و لافرق فى ان استحلال الفرج يوجب المهر فبما اذا كان مع العقد كما اذا وطى بعد الارتداد زوجته بعقد جديد لتوهم صحه النكاح والمشهور عدم الفرق بين كون المراه المعقود عليها شبهه او الموطوئه بلا عقد ذات عده او ذات بعل او غير ذلك من موجبات فساده فما يظهر عن البعض فى ثبوت مهر المسمى فيما اذا كان مع العقد الفاسد مطلقا مما لا وجه له.

والظاهر من كلام الشيخ وصريح العلامه فی التحرير بقوله فان وطئها ولم يرجع فی العده كان عليه مهر المثل هو ثبوت مهر المثل لعدم المسمی فی المقام واثباته باعتبار المهر الثابت عليه قبل الارتداد قياس مع الفارق.

(فی النزاع بین الشیخ والمحقق)

و عمده الکلام فی المقام هوالنزاع بین الشیخ قده والمحقق ره حیث حکم الاول بثبوت المره والثانی استشکل علیه ببقاء الزوجیه اذا لم یکن عن فطره - فلا یترتب علی وطیه شیی فلو رجع لم یحتج الی عقد جدید والارتداد فی المقام لیس کالطلاق الرجعی الذی لایوجب البینونه بحال - وقال فی المسالک ولعل هذا اقوی فمع اختیار قول صاحب المسالک لاحد علیه لانها فی حکم الزوجه وان کان ممنوعا من الوطی واما علی مذهب الشیخ فیشکل ذلک - و اورد علیه فی الجواهر بانه قد بان ببقائه علی الکفر انها قد بانت منه باول ارتداده ولیس فی شیی من الادله ما یقتضی کونها بحکم الزوجه حتی بالنسبه الی ذلک ما دامت العده انتهی.

لکن یرد علیه ان مستندالمحقق لو کان هو حسنه ابی بکر

الحضرمى المقدم المحمول صدرها على البينونه بعد خروج العده وعلى عدم الرجوع حتى خرجت العده فهى داله بذيلها انه لومات او قتل قبل انقضاء العده ترث عنه وتعتد عده المتوفى عنها زوجها - فهى تدل على بقاء الزوجيه الى انقضاء العده وحمل الارث على صرف التعبد فى غايه البعد اللهم الا ان يقال ان الارث لايدل على بقاء الزوجيه حتى خرجت العده كما فى المرتد الفطرى فان الزوجه ترث منه مع عدم بقاء الزوجيه من حين الارتداد كما يدل عليه صحيحه ابى ولاد الحناط عن ابى عبدالله(عليه السلام) قال سالته عن رجل ارتد عن الاسلام لمن يكون ميراثه فقال يقسم ميراثه على ورثته على كتاب الله.

لكن مع ذلك كله يمكن الفرق بين المرتدين باعتبار ان المرتد الفطرى كالميت يقسم امواله على ورثته فهو فى حكم الميت بخلاف المرتد الملى فان عود الزوج عن الارتداد يكشف عن بقاء الزوجيه بل يحكم ببقاء الزوجيه الى حين انقضاء العده فيحكم بالبينونه بعد الانقضاء - واما عدم الدلاله على اثبات بعض اللوازم كالارث اذا قتل او مات قبل انقضاء العده وكذا العده الى عده الوفاه بعد انقضاء العده فهو كما ترى فانها من آثار بقاء الزوجيه الا ان يدل دليل على صرف التعبد فى امثال المقامات.

ثم ان المرتد الفطرى او الملى اذا لم يقتل لاجل مانع من الموانع وآمن بعد الارتداد ففى جواز تزويج المسلمه له تردد ومجرد عدم

قبول توبته ظاهراً لایدل علی عدم ایمانه واقعا کما حـقق فـی بـاب الطهاره فیبقی التزویج الجدید بحاله.

(فى ان عود المرتد الملى يكشف على بقاء)

(الزوجيه بل هى زوجه الى انقضاء العده)

كما اختاره ثانى الشهيدين بل لامانع من تزويج الزوجه الاولى التى فارقها بالعقد الجديد لقبول توبته واقعا والحكم بالقتل لاجل الارتداد لالعدم كونه مسلما.

ثم ان المراد من الوطى بالشبهه الوطى الذى ليس بمستحق فى نفس الامر مع اعتقاد فاعله الاستحقاق او صدوره عنه بجهاله مغتفره فى الشرع او مع ارتفاع التكليف بسبب غير محرم والمراد بالجها له المغتفره ان لايعلم الاستحقاق ويكون النكاح مع ذلك جايزا ظاهراً كما لو اشتبه عليه ما يحرم من النساء الاسلام كما اذا وطى المرتد زوجته مع العلم بحرمه ذلك فى شرع الاسلام لكنه لايعتنى بالاسلام ولا بالحرمه بل يوطى زوجته باعتبار بقاء

الزوجيه العرفيه ويفرق بنظره بينه وبين الزنا فالظاهر عدم كونه وطيا بالشبهه فانه زناء فى شرع الاسلام وانه لايجوز له وطى زوجته المسلمه كما قد عرفت من عباره المحقق ففى حال الارتداد الوطى محرم عليه فى شرع الاسلام ويوجب فاعله الحد على الظاهر.

ويتفرع على ما ذكروا انه لووطى زوجته بعد الارتداد ثم اسلم قبل انقضاء العده فيكشف ذلک عن بقاء الزوجيه من حين الارتداد فلو ماتت فى اثناء العده فاسلم قبل انقضاء العده التى كانت عليه لو كانت حيا يكشف ذلک عن بقاء الزوجيه فيكون وارثا قبل القسمه ويقدم على ساير الوراث اذا كان مقدما فى الدرجه كما اذا مات ابنه فى زمن عده الزوج فاسلم بعد ذلک فانه يرثه ويقدم على ساير الوارث.

ثم انه لو كان المرتد الفطرى له ذمه ومال(اى اكتسب بعد ارتداده على القول بالملک) يوخذ المهر من ماله والا فالظاهر تسليم مهر المثل الى الزوجه من بيت‌المال وكذا فى المرتد الملى فانه لايزول ملكه عن ماله الى القتل فيوخذ من ماله ويسلم الى الزوجه.

ثم لايخفى عليک جريان الاحكام المزبوره فى ارتداد المراه قبل الدخول سواء كان مليا او فطريا فانها تبين من زوجها ومع الدخول بها يقف الانفساخ على انقضاء العده فان رجعت قبله كانت زوجه والا انكشف انها بانت من اول زمان الارتداد فمع اتفاق موت الزوج قبل انقضاء العده واسلامها قبله يكشف ذلک عن بقاء الزوجيه

بينهما الى حين موت الزوج ويترتب عليه احكامه ومع الوطى بالشبهه فى حال ارتدادها اذا قلنا بحرمه بضعها فتاخذ مهر المثل ومع اسلامها قبل انقضاء العده يكشف به عن بقاء الزوجيه فلاتستحق شيئا على الزوج من جهه الوطى.

(المسئله السادسه) اذا اسلم وعنده اربع وثنيات مدخول بهن لم يكن له العقد على الاخرى ولا على اخت احدى زوجاته حتى تنقضى العده مع بقائهن على الكفر، ولم يتعرض لحكم غير المدخول بهن لبينونتها بمجرد الارتداد سواء كانت مليه او فطريه.

قال فى التذكره لو اسلم زوج الوثنيه فنكح فى زمان التوقف اختها المسلمه او اربعا سواها لم يصح وكذا لو كان قد طلقها طلقه رجعيه فى الشرك ثم اسلم ونكح فى العده اختها المسلمه او اربعاً سواها لان الوثنيه فى معرض العود وزوال نكاحها غير معلوم فليس له ان ينكح من لايجوز الجمع بينها وبين المستخلفه وبه قال الشافعى ويحتمل ان يقف نكاح الاخت او الاربع كما يتوقف فى نكاح المستخلفه فان اسلمت المستخلفه تبين بطلان نكاح الثانيه وان اصرت على الكفر حتى انقضت العده تبين منه وبه قال المزنى انتهى.

وفى المسالك بعد القول بعدم خروجهن عن الزوجيه مطلقا لرجاء عودهن فى العده فيعدن الى الزوجيه بالنكاح السابق فكان ذلك كالعده الرجعيه التى لايصح فيها نكاح الخامسه ولا اخت

المطلقه احتمل توقف نكاحهما كما وقف نكاح المتخلفه عن الاسلام فمع الاسلام يتبين بطلان النكاح الجديد وان اصرت حتى انقضت العده تبينت منه.

ولا يخفى عليك بعد عدم حرمه مقدمه الحرام عدم اشكال فى العقد على الاخت وعلى الخامسه لكن يتوقف ترتب الاثر واحكام الزوجيه عليها باسلام الوثنيات وعدمه كما ان عقد هن ايضا مراعى فان اسلمت كشف عن بطلان نكاح الجديد وان اصرت صح.

ومجرد كون المردد من مشتبه الموضوع وعدم جواز الاقدام عليها كالامره المشتبه حالها انها ام اولا مما لاوجه له مضافا الى امكان الخدشه فى مسئله المشتبهه فان الممنوع هو ترتب آثار الزوجيه على المنكوحه المراعى صحه نكاحها لامجرد العقد لعدم المانع من اجراء العقد عليها مراعى برفع المانع كما اذا عقد على الفضولى لكن لايجوز الدخول عليها الا بعد الاجازه وقبل الاجازه العقد مراعى.

وقد ظهر مما تقدم ايضا ان من عقد على امراه فضولا يجوز له ان ينكح امها قبل الاجازه خلافا للجواهر حيث حرم ذلك فان العقد الفضولى قبل الاجازه كلا عقد كما اذا باع داره من زيد فضولا ثم ظهر له ان يبيع من عمر واصاله فلا يبقى معه موضوع لاجازه البيع الاول الواقع فضولا و ما نحن فيه من هذا القبيل اذ مع العقد على الام اصاله لايبقى محل لصحه عقد البنت والذى يعتبر فى باب الفضولى

ويترتب عليه الاثر هو العقد المنسوب الى الطرفين والفرض عدم الانتساب من احد الطرفين فلايترتب عليه اثر اصلاً.

لو اسلمت الوثنيه فتزوج زوجها باختها قبل اسلامه وانقضت العده وهو على كفره صح عقد الثانيه لظهور بينونه الاولى بخروج عدتها وعدم اسلامه فيها فيكون عقد الثانيه بلا معارض وكونه لو اسلم تكون الاولى زوجه له غير قادح بعد جواز مثله فى دينه وقياسه على عقد الاخت فى عده اختها الرجعيه قياس مع الفارق اذ المطلقه الرجعيته زوجه وعدم اسلامه فى عده الاولى يكشف عن عدم الزوجيه من حين اسلامها فلا جمع بين الاختين فى حال اسلامه ولا فى حال كفره.

فلو اسلما قبل انقضاء عده الاولى تخير كما لوتزوجها وهى كافره والوجه فى ذلك انه باسلامه فى عده الاولى يكشف ذلك عن بقاء الزوجيه بينهما واستمراره والعقد على الثانيه فى حال كفره ايضا كان جايزاً له وله الخيار فى اختيار اى منهما الا ان يقال انه باسلامه يكشف عن استمرار الزوجيه بينه وبين الاولى حتى فى حال كفره وصحه العقد الثانيه ايضا يستلزم الى الكفار وكيف كان فظهر مما ذكرنا انه لو اسلمت الثانيه بعد انقضاء عده الاولى مع اسلام الرجل قبل انقضاء عده الاولى فانه ايضا يحكم بصحه عقد الثانيه ويحكم بالتخيير بينهما.

ولايفرق فيما ذكر بين انقضاء عده الاولى قبل الثانيه او بعدها اذا

اتفق ذلك كما اذا رأت الاولى الدماء فى ستته اشهر ورات الثانيه الدماء فى شهرين لان المناط فى انقضاء العده انما هو بحسب كل واحد منهما ولاربط لاحديهما على الاخرى.

(فى التخيير بين الاختين اذا اسلم بعد الاولى واسلمت)
(الثانيه قبل خروج عده الاولى بل وبعدو)

ثم انه اذا ماتت الاولى قبل اسلام الزوج والزوجه الثانيه فلا اشكال فى صحه عقد الثانيه ولزومه واذا ماتت بعد اسلام الزوج و قبل اسلام الزوجه الثانيه فانه كان له التخيير بعد اسلامه بينهما وان كانت اوليهما او احديهما مسلمه كما هو المشهور وترجيح المسلمه احوط.

واذا لم يسلم حتى خرجت عده الاولى واسلم قبل خروج عده الثانيه اذا اسلمت قبل اسلامه فهى زوجه له دون الاولى واما اذا خرجت عده الاولى واسلم قبل اسلام الثانيه فانها اذا لم تكن وثنيه يحكم ببقاء الزوجيه بينهما واذا كانت وثنيه يتوقف على انقضاء العده بعد الدخول.

ثم ان عباره المصنف مشعره بمفهومها على ان التخيير للزوج فى صوره اسلامه واسلام الزوجه الثانيه قبل خروج عده الاولى فاذا اسلم الزوج بعد اسلام الاولى ثم اسلمت الثانيه بعد خروج عده الاولى فلا يحكم بالتخيير الا انه لاوجه له فان التخيير بالنسبه الى صحه عقد كل واحد منهما ولادخل لخروج عده الاولى فى صحه عقد الثانيه فاذا فرض اسلام الزوج واسلمت الثانيه بعد خروج عده الاولى وقبل خروج عده نفسها يحكم بالتخيير ايضا للحكم بكونهما معاً تصلحان للزوجيه لانكشاف كون الاولى زوجه من حين اسلامها باسلام الزوج فى عدتها وانكشاف كون الثانيه ايضا زوجه له من حين اسلامه باسلامها فى عده نفسها فله التخيير بينهما.

بل لوكانت الثانيه من اهل الكتاب وبقيت على كفرها فلايحكم بانفساخ عقدها حتى بعد خروج عدتها والمانع انما هولاجمع بين الاختين بعد اسلامه فله التخيير بينهما وان كانت الثانيه من اهل الكتاب - نعم لوبان ان اسلام الثانيه قد كان بعد انقضاء عدتها اذا كانت وثنيه اتجه انفساخ الثانيه وبقاء الاولى على الزوجيه من دون تخيير لانها بعدم اسلامها يكشف عن عدم الزوجيه بينهما من حين اسلامه.

(المسئله السابعه) اذا اسلم الوثنى ثم ارتدو انقضت عدتها على كفر فقد بانت منه، والظاهر كون المراه ايضا وثنيه فمع ارتداد الزوج يحكم بالبينونه من حين اسلام المرء المقتضى لانفساخ النكاح.

ولو اسلمت فی العده ورجع الی الاسلام فی العده فهو احق بـها لكشف اسلامه عن عدم الانـفساخ بـالارتداد بـين الاسـلامين فـمع الرجوع قبل انقضاء العده لااثرله نعم لابد للمراه بعد اسـلامها مـن ضرب العده لها من حين ارتداد الزوج فمع عدم رجوعه الی انقضاء العده تتزوج بای رجل كان.

لايقال ان اسلام الزوجه حين ارتداد الزجل لايوجب الكشف عـن بقاء الزوجيه بعد رجوعه الی الاسلام قبل انقضاء عدتها وانما يحكم بالبقاء كشفا من جهه اسلامها بعد السلامه قبل انقضاء العده فانه يقال انها باسلامها يحكم بالزوجيه من حين اسلام الزوج فالارتداد عارض ووارد على النكاح الصـحيح فـيحكم بـالانفساخ مـن حـين الارتداد اذا بقی علی ارتداده لا اذا رجع عنه قبله.

وان خرجت العـده وهـو كـافر فـلاسبيل له عـليها لكشـف عـدم الرجوع عن البينونه ـ من حين الرده وكذا الكلام اذا اسلمت المراه ثم ارتدت فان رجعت الی الاسلام قبل انقضاء العده فيحكم بالبقاء والا انكشف عن البينونه من حين الارتداد.

ثـم انكـانت الرجـل ايـضا مـرتدا لايـجوز له العـود الی الزوجـه المسلمه كما هو واضح و علی الكافره علی قول لكن اطـلاق الدليـل الحاكم بالانفساخ بارتداد الرجل حتی فی صوره كون المراه كافره من اول الامر قابل للخدشه كما تقدم ومورد كلام الاصحاب ارتداد الرجل اوهما معا بعد فرض اسلامهما لابـعد فـرض كـون الزوجـه

كافره من اول الامر.

وكيف كان ان كان الرجل باقيا على الارتداد ومـليا يسـتتاب ولا قتل وان كان فطريا قتل.

(فى نقل قول الاسكافى الارتداد)

وان لم يتب وكان امراه حبست وضيق عليها فى الماكل والمشرب كما سمعت فيما تقدم والمشهور بل المجمع عليه فى الفطرى هو الحكم بالبينونه من حين الارتداد وانفساخ النكاح بغير طلاق واعتداد المراه عده الوفات ثم التزويج بالغيران ارادت ويقسم امواله على ورثته منها الزوجه بعداداء ديونه كالميت ولاينتظر موته ولاتفيد توبته ورجوعه الى الاسلام فى رجوع زوجه وماله اليه الا مايظهر عن الاسكا فى تبعا لبعض العامه من ان الارتداد قسم واحد وانه يستتاب والاقتل وكما عن الحسن البصرى القول بقتل المرتد من غير استتابه وعن ابى حنيفه والشافعى ومالك وعامه الفقهاء انه يستتاب سواء كان فى الاصل مسلما فارتدا وكافرا فاسلم ثم ارتد فان لم يتب وجب قتله ولعله يستفاد من كلام المسالك الميل الى قول

الاسكافى وكيف كان فيقبل توبته على المشهور باطناً بل ظاهراً ايضا بالنسبه الى بعض الاحكام فيطهر بدنه وتصح عباداته ويملك الاموال الجديده بالاكتساب كالتجاره والحيازه وبالاسباب القهريه كالارث ويجوز له التزويج بالمسلمه بل له تجديد العقد على الزوجه السابقه وان كانت امراه بقيت اموالها على ملكها ولاتنتقل الى الورثه الا بالموت الى غير ذلك من الاحكام المتفرعه على الارتداد فى الرجل وامراه هذا كله فى صوره الرجوع الى المراه.

واما اذا تزوتج المرتد فى حال الارتداد ثم اسلم فى عده الزوجه الاولى فان اطلاقات الادله المتقدمه هو الكشف عن بقاء الزوجيه السابقه بالاسلام واما صحه العقد الجديد فى حال الارتداد بالاسلام فلا يقاس عليه بل هو يحتاج الى دليل براسه وهو مفقود فى المقام و هو ابتداء النكاح.

وكذلك اذا اسلمت زوجه الكافر ثم تزوج الكافر فى حال كفره على المسلمه اذا فرضنا ذلك ثم اسلم بعد ذلك فى العده فانه لايحكم بصحه النكاح وان يكشف ذلك عن بقاء النكاح بالنسبه الى الزوجه الاولى فان نكاح الكافر للمسلمه ابتداء ليس صحيح والفرض انه اوقع النكاح فى حال الكفر فبالاسلام يكشف عن بقاء الزوجيه الاولى وعن استمرار النكاح لاعن صحه النكاح الجديد فى حال الكفر.

(المسئله الثامنه) لوماتت احديهن بعد اسلامهن قبل الاختيار لم يبطل اختياره لها فان اختارها ورث نصيبه منها وكذا لو متن كلهن

كان له الاختيار فاذا اختار اربعا ورثهن لان الاختيار ليس ـ استيناف عقدو انما هو تعيين لذلك العقد الصحيح ـ ولايخفى ان محل الكلام خصوصا بملاحظه ذكر هذه المسئله بعد مسائل الارتداد واختلاف الدين عدم الفرق بين كونه كافراً اصلياً فاسلم قبل القسمه او كافراً عارضياً كالمرتدو اطلاق الادله الداله على الارث قبل القسمه محكمه في المقام كما في صحيحه ابن سكان عن ابى عبدالله ﴿عليه السلام﴾ قال من اسلم على ميراث قبل ان يقسم فله ميراثه وان اسلم وقد قسم فلا ميراث له وبهذا المضمون صحيحه محمد بن مسلم من غير فرق بين الكافر الاصلى والعارضى وخدشه البعض في هذا ليس في محله.

ثم ان الظاهر من قول المصنف ان الاختيار ليس استيناف عقد وكانه سئوال عن جواب مقدر اشار اليه في المسالك ومجمل القول هو حرمتهن عليه باسلامه قبل اسلامهن فالعود الى الحل يحتاج الى دليل ولايكفي في ذلك اسلامهن بعد اسلامه لانه ليس سبباً تاما في الحل بل لابد معه من الاختيار فمع فرض موتهن قبل تمام السبب يحكم بالبطلان كما في موت احدا لمتعاقدين قبل تمام السبب المملك بالقبول او القبض.

والجواب هو ما اشار اليه ان الاختيار ليس استيناف عقد بل هو تعيين لذلك العقد الصحيح وانطباقه على الخارج كما في البيع الكلى وانطباقه على الخصوصيات الخارجيه فباسلامهن يتحقق صلاحيه

كل واحد منها على الزوجيه بعد العلم بـان له زوجـات اربـع بـنحو الكلى فبالاختيار يتحقق ذلک الكلى فى الخارج والمانع هو الكفر فقد زال بـالاسلام قبل قسـمه الامـوال والمـانع مـن اختيار الجـميع هوزيادتهن على العدد الشرعى والامر فيه اليه لااليهن وقوله عـليه السلام لابى الغيلان امسک اربعا واترک سائرهن انـما هـو ظـهور مورد لانه من باب الاشتراط كما اشاراليه صاحب الجواهر.

فمع الحكم يتحقق الزوجيه ولو بعد الاختيار يترتب عليه احكام الزوجيه من جواز النظر اليها والتغسيل بعد الموت وكونه اولى بـه وعدم الحدد فى صوره الوطى ميتاً مثلا الى غير ذلک - فان المـوت ليس فاسخاً للزوجيه فمع موت الزوجه اذا شككنا فى جـواز النـظر وعدمه بحكم بالجواز بالاستصحاب ويتم ذلک فيما نحن فيه وهـو صوره الاختيار بعد موت الزوجه بعدم القول بالفصل بين ما كانت الزوجيه مسلم الثبوت فماتت او متوقفا على الاختيار فـاختار بـعد الموت فالظاهر عدم التفصيل فى الاحكام بين الصورتين.

ولو مات ومتن قيل يبطل الخيار والوجه استعمال القرعه لانـهن وارثات وموروثات.

فعن العلامه فى مسئله اختلاف الدين فى التذكره لومـات ومـتن كلهن قبل الاختيار لم يبطل الاختيار ايـضا واسـتعملت القـرعه لان فيهن وارثات وموروثات فما يظهر من الجواهر بعدم وجود الخلاف بين من تعرض من الاصحاب للمسئله ببطلان الخيار مما لاوجه له

لتعرض العلامه فیها علی القرعه کالمحقق.

ووجه کونهن وارثات باعتار موته قبلهن فیرثن الثمن ان کان له ود واربع ان لم یکن وموروثات ان فرض موتهن قبله او بعضهن وارثات مع فرض موتهن بعده وموروثات اذا متن بعده ولابعد فیه فان الزوج بالنسبه الی بعض زوجاته وارث وبالنسبه الی البعض الاخر مورث.

وعن العلامه فی التذکره عن ابی شرح من العامه ان الربع او الثمن یقسم بالسویه لان البیان غیرمتوقع وهن جمیعا معترفات بان الاشکال ثابت فی الجمیع وانه لامزیه لاحدیهن علی الاخری بخلاف ما لو قال لاحدی زوجیه ان کان هذا الطائر غرابا فانت طالق وقال للاخری ان لم یکن غرابا فانت طالق فاشکل فان هناک الاشتباه انما هو علینا دون الله فانه یعلم حال الغراب ویعلم الطالق منهما.

(فی عدم اختصاص الوجه بالقرعه بل)

(الوجه الاخر هو التشریک ایضا)

وهنا لایمکن ان یقال انه تعالی یعلم المختارات منهن مع انه لم یوجد منه اختیار لانه تعالی یعلم الاشیاء علی ماهی علیه فالمعین فی نفسه یعلمه معینا وان اشتبه علینا والمبهم فی نفسه یعلمه مبهما فلایمکن تخصیص احدیهن بالمیراث عندنا ولاعندالله تعالی نعم انه تعالی یعلم انه یختار من کان یختار انتهی والعباره الاخیره مندمجه وان کان المراد معلوما فان الله تعالی وان کان ملهم الاختیار الا ان مثل ما نحن فیه مثل مالکیه المن من الصبره علی نحو مالکیه الکلی فی المعین فلا واقعیه له الا بعنوان الکلی القابل للانطباق علی احد المصادیق الخارجیه ومجرد علم الله بالانطباق بای مصداق لایوجب تعین المصداق الکلی وخروجه عن العنوان الکلی حتی

یکون له واقع غیر معلوم عندنا کما هو واضح.

وخلاصه الکلام فی المقام ان المسئله ذات اقوال قیل ببطلان الخیار وقیل بالقرعه وقیل بالایقاف حتی یصطلحن بالتساوی او المتفاوت لان الحق منحصر فیهن ومال الیه فی المسالک تبعا لمجامع المقاصد وقیل یقسم بالسویه لان البیان غیر متوقع مع اعتراف الجمیع بالاشکال وعدم مزیه واحد منهن علی الاخر فهو کما لو اشتبه المال بین المدعیین فانه یحکم بالانقسام بالسویه جسما لماده النزاع مع العلم فی بعض الصور بان ثمره التقسیم توجب اعطاء الغیر المستحق وحرمان ذی الحق ومجرد اعترافهن بان المستحق انما الغیر المستحق وحرمان ذی الحق ومجرد اعترافهن بان المستحق انما هو اربع لاازید لایوجب الفرق بین المقامین بعد کون الفرض هو جسم ماده الفساد.

ویمکن ان یقال ان مراد المصنف ایضا هو ذلک کما سیاتی فی المسئله التاسعه التعرض للقرعه او التشریک مع اتحاد المسئلتین فی المناط والملاک لعدم الفرق بین موته وموتهن ولم یکن خیار کما هنا وبین موت الزوج وبقائهن ولم یکن خیار لغیرهن وهو الزوج وهو مفقود فی المقامین والفرض عدم الاختیار فی المقامین فمع التصتریح بالتشریک واو القرعه فی المسئله الاتیه یکون حکم هذه المسئله ایضا کذلک من غیر فرق بینهما لاتحاد مساقهما ومجرد تعرضه بالقرعه هنا وبیان الوجهین هناک للارشاد الی عدم بطلان

الخيار فى هذه المسئله بل الوجه هو القرعه فالتعرض للقرعه فقط لاجل الخروج عن القول بالبطلان لا ان القرعه متعين - وبيان الوجهين يوضح مراده فى هذا المقام ايضا والله هو العالم - ومما ذكرنا ايضا يظهر وجه الاحتياط فى كلامه.

ولو مات الزوج قبلهن كان عليهن الاعتداد منه لان منهن من تلزمه العده ولما لم يحصل الامتياز الزمن العده احتياطا با بعدالاجلين اذ كل واحده يحتمل ان تكون هى الزوجه وان لاتكون فالحامل تعتد بعده الوفاه ووضع الحمل والحائل تعتد بابعد الاجلين من عده الطلاق والوفاه.

لابد ان يقال ان الاحتياط ليس متعيناً فى هذه المسئله ايضا بعد تعيين الوارثات منهن بالقرعه اذ استحقاق الارث باعتبار الزوجيه الاربع منهن بالقرعه فيحكم باخذهن عده الوفاه عليهن والفراق على غيرهن ومجرد القول بالتفكيك فى بعض الاثار دون بعض يحتاج الى دليل نعم اذا قلنا بالتشريك لحسم ماده الفساد فللاعتداد وجه وكذا اذا قلنا بان القرعه طريق للحاكم فى حسم النزاع كالتشريك لا انها معينه للموضوع الذى يجرى عليه جميع الاحكام فلا يمكن الامتياز من جهته الاعتداد وان امكن من جهته الارث هذا الا انك قد عرفت فيما تقدم بجريان جميع احكام الموضوع كما فى احراق الموطوئه من الغنم بعد احرازها بالقرعه فان فى المقام ايضا يعين بالقرعه الزوجات ثم يجرى عليها احكام كل بحسبه.

وكيف كان فابتداء عده الوفاه من حينها واما عده الاقراء فعن التذكره بقوله واما الاقراء فيحتمل ذلك لانه لايقين لنا قبل ذلك بشروعها فى العده وهو احد قولى الشافعى ويحتمل الاعتبار من حين اسلامهما ومن حين اسلام من سبق اسلامه ان تعاقبا فيه لان الاقراء انما تجب لاحتمال انها مفارقه قد انفسخ نكاحها والانفساخ يحصل من ذلك الوقت.

و اورد عليه فى جامع المقاصد بان لقائل ان يقول ان الانفساخ انما يحصل من حين المفارقه بالاختيار ولم يتحقق ذلك فينبغى ان يكون ابتداء عدته من حين الوفاه لامتناع التاخر عنه وانتفاء ما يدل على التقدم على الوفاه لان اسلامهما او اسلام الاسبق منهما لايقتضى المفارقه قطعاً.

ويمكن ان يوجه ذلك بانه اذا لم يكن اختيار فى البين فدار امر الازواج بين كونهن زوجات حتى لايجب عليها الاعده الوفاء وبين ان لاتكون زوجه فلايجب عليها الا عده الفراق فمع الحكم بعدم الزوجيه كان الحكم هو الاخذ بالاقراء من حين الاسلام لكنه مع احتمال انطباق عنوان الزوجيه عليها يشك من اول الامر فى التكليف بالنسبه الى ما قبل الوفاء فالاصل البرائه فما عن الجواهر بان الاختيار حيث يحصل يكشف عن الفرقه من حين الاسلام المقتضى بينونه مازاد على النصاب مما لاوجه له فان المفروض ان الاختيار لم يحصل نعم اذا حصل يكشف لكنه ما حصل.

لايقال انه بالنسبه الى ما بعد الوفاء ايضا يشك فى الزوجه فالاصل البرائه بالنسبه الى العدتين مما يخالف قول الاصحاب بوجوب عده الوفات للزوجات الاربعه ولو على النحو الكلى افقابل للانطباق على كل واحد منها - ويفرق بين المقام وبين دوران الامر بين كون زيد جنباً او عمر ومع اليقن بان الجنب واحد منهما فان كل واحد منهما يجرى البرائه واستصحاب الطهاره ويعمل بتكليف نفسه بخلاف المقام الذى ليس له واقع معين بل على النحو الكلى القابل للانطبا.

ومن ذلك يمكن ان يقال ان حكمهم بالاحتياط فى المقام بين العدتين ليس على نحو الاحتياط فى ساير المواقع فان الاحتياط لاجل احراز الواقع والاصابه على ان واحداً من الصورتين فى صوره العلم الاجمالى كما اذا يكون مديونا ودار امر الداين بين زيد وعمرو وكذا اذا كان واجب واقعى فى البين ودار امره بين صلوه الظهر او العصر او الجمعه ونظيره الاحتياط فى الشبهات البدويه

لاجل احراز الواقع واما فى مثل المقام فليس واقع فى البين حتى يحتاط كل واحده من الزوجات فى الاخذ بالعدتين والاخذ با بعدالاجلين اذ ليس فى المقام واقع اصلا فانه كما يصلح ان يكون الزوجات الاربع مصداقا للانطباق فكذلك الاربع الاخرى من غير فرق بينهما فى صلاحيه الانطباق فبعد فرض عدم اختيار فى البين لاواقع فى الخارج وغايه ما يمكن ان يقال ان فرض الاحتياط باعتبار

احتمال زوجیه کل واحد من الفرقتین من جهته الانطباق و لیس لهما الا الاخذ بعده الوفاه وترک ما سوی ذلک والاخذ بعده الفراق فی کل واحد من الفرقتین وترک عده الوفاء خلاف ما علم من موت زوج من یصلح للزوجیه من الفرقتین بالانطباق والزاید علی ذلک مشکوک فیه.

ثم ان الزوجات اذا لم یکن ممن دخل بهن فاللازم بناء علی مختارهم هو الاخذ بعده الوفاء فی کل واحده منهن لان کل واحده منهن یحتمل ان تکون زوجه ویتصور بقاء الزوجیه مع عدم الدخول بهن علی تقدیر اسلامهن مقارنا لاسلامه کما صرح به فی المسالک و الا فلاعده فی غیر المدخول بها فدارا مرالزوجات الغیر المدخولات بین انفساخهن من حین اسلامه بحیث لایحتاج الی عده فی صوره المقارنه وبین لزوم عده الوفاء لاحتمال الانطباق ویرد علیه ایضا ما تقدم من ان الاحتیاط فی المقام ایضا لیس لاجل احراز الواقع کما فی سایر موارد الاحتیاط فی بیان حکم الانفاق بالنسبه علی الزاید علی النصاب.

(المسئله التاسعه) اذا اسلم واسلمن لزمه نفقه الجمیع حتی یختار اربعا فتسقط نفقه البواقی لانهن فی حکم الزوجات وکذا لو اسلمن او بعضهن وهو علی کفره.

هذا الحکم من متفرعات الزاید علی العدد قبل الاختیار وهو وجوب الانفاق علیهن الی ان یختار اربعا لان الانفاق علی الزوجات واجب

بشرطه ولايتم الواجب الا بالانفاق على الجميع لاشتباه الاربع من بين مازاد عليه.

وقيد فى الجواهر ان موضوع الانفاق على الجميع فى صوره كون الزوجات كتابات ووجهه ظاهرا من جهه تمكنه فعلا من الاستمتاع والمانع هو الزياده على العدد بخلاف ما اذا كن وثنيات لعدم امكانه منهن الا ان عباره الشرايع مطلقه من هذه الجهته بل يمكن ان يقال ان المسئله من فروعات المسائل السابقه التى فرض فيها الزوجات وثنيات فاسلمن فلايفرق فى ذلك بين كونهن قبل الاسلام وثنيات او كتابيات فان مجرى المسئله واحد بعد اسلام الزوجات فيحكم ظاهراً بالنفاق على الجميع الى ان يختار.

ويمكن ان يقال ان وجه التقييد ان عدم لزوم النفقه لو اسلم هو دونهن انما هو فى صوره كونهن وثنيات لا كتابيات لاستمرار النكاح فيهن دونهن.

فلا يتزلزل حكم النفقه مع بقاء الكتابيات على دينهن بخلاف الوثنيات فلابد من تقييد مورد الكلام بالوثنيات لا الكتابيات على عكس ما فى الجواهر الا ان يقال ان لزوم التقييد فى موضع لا يقتضى التقييد فى اصل المسئله مع كون المقام من متفرعات المسائل السابقه وكون التعميم اشمل واحسن من الاختصاص بقسم من الزوجات دون قسم آخر مع كون الفرع فى الزايد على النصاب.

ثم انه يرد على اصل المسئله بان الانفاق على الجميع لامعنى له

بعد اسلامه الكاشف عن بينونه مازاد على النصاب فالواجب عليه انما هو الانفاق على الاربع دون الزايد فيوقف حتى يصطلحن او يعين الاربع بالقرعه او تقسم بينهن بالسويه.

بل يمكن ان يقال باختصاص النفقه بمن يختارها بعد الكاشف عن زوجيه المختارات وعن عدم زوجيه غيرها من حين الاسلام بل يمكن ان يقا انه مع فرض بقائه على الكفر ايضا لايجب عليه فى صوره اسلامه الا انفاق الاربعه دون الزايد فيعين بالقرعه.

ودعوى كونهن قبل اسلامه فى حكم الزوجات كالمطلقه الرجعيه مجرد قياس وان الاشتراک فى بعض الاحكام لايقتضى الكشف عن الموضوع وهو الزوجيه بخلاف المطلقه الرجعيه فانها زوجه فى جميع الاثار الا ما استثنى.

ثم انه يتفرع على وجوب الانفاق مطالبه الجميع بالنفقه اذا امتنع من ذلک واشاراليه الماتن بقوله فلو لم يدفع النفقه كان لهن المطالبه بها على الحاضر والماضى سواء اسلم او بقى على كفره – وقد عرمت الوجه فى جميع ذلک مع الايراد فلا نعيد.

وكيف كان فلا تلزمه النفقه لو اسلم دونهن لتحقق منع الاستمتاع منهن، فهن فى حكمه النواشز وهو الوجه فى سقوط النفقه الا ان يقال ان المنع انما هو من جهته الزوج لاسلامه لامن جهته الزوجه لبقائها على دينها او كفرها والمقتضى للانفاق بالنسبه الى الزوجات موجود ولم يصدر منهن عصيان بالنسبه الى وظايف الزوجيه التى

بها يستحق النفقه والتمرد عنها يوجب النشور واسقاطها وعدم جواز الوطى بالنسبه الى الزوج امر شرعى كالحيض والا فهى ممكنه وحاضره على وطيه لها وبعباره اخرى ان مخالفه الشرع اذا لم يود الى المخالفه بالنسبه الى وظائف الزوجيه لايستلزم سقوط النفقه وفى المقام ايضا كذلك فان البقاء على الكفر اعظم المخالفات الا انه لم يود الى مخالفنه الزوج بما انه زوج وتفصيل الكلام فى ببا النفقه.

والايراد عليه بان الاصل برائه الذمه من النفقه والقدر المعلوم انما هو الانفاق على المتمكن من وطيها ويكفى فى تحقق السقوط مجرد الشك.

يدفع بان الانفاق من اثار الزوجيه وهى موجوده فى المقام بالنسبه الى الاربعه التى يختارها واسلامهن بعد ذلك وليس الكلام فى بقائهن على الكفر حتى يخرج العده بل الكلام فى صوره اسلامهن قبل خروج العده واسلامهن بعد اسلامه بمده فهل يحكم بالنفقه فى ايام كفرهن اولا والحق ان يقال انهن باسلامهن يحكم بالبقاء على الزوجيه اذا كن اربعه وفى صوره الزياده على العدد ايضا بحكم بالنفقه من زمن اسلامه بالنسبه الى الاربعه بعد اختياره لها يكشف اسلامهن عن الزوجيه وبقائها والاختيار ليس عقداً جديداً بل هو معين للزوجات من بين الزايد على النصاب وبقائهن على الكفر بعد اسلام الزوج لا يضر بالزوجيه ومن آثارها الانفاق والمانع من الوطى شرعى بالنسبه اليه لا اليهن كما هو ظاهر

- فظهر من جميع ما ذكرناه انه فى صوره الاختلاف فى تقدم اسلامه او تقدم اسلامها انما ينفع فى اسقاط النفقه فى الصوره الاولى بناء على تحقق النشور وعدم النفقه ايام بقائها على الكفر وان رجعت الى الاسلام قبل انقضاء العده.

واما بناء على عدم سقوط النفقه فى ايام بقائها على الكفر وعدم صدق النشور بالنسبه الى كفرها فلاوجه للقول بالسقوط فى ايام كفرها سواء تقدم اسلامه على اسلامها او تاخر فما عن المصنف بقوله لو اختلف الزوجان فى السابق الى الاسلام فالقول قول الزوج استصحاباً للبرائه الاصليه انما هو فى صوره صدق النشور والا فالزوجيه بعد استمراره باسلامها قبل الانقضاء هو السبب فى وجوب الانفاق هو الزوجه المطيعه لامر زوجها فهو ايضا متحقق عليا لفرض والتمرد بالنسبه الى امرالله لاربط له بوظائف الزوجيه.

فما اورده كاشف اللثام قدس سره من ان النفقه - ليس امراً مستمرا من حين النكاح وانما تثبت يوما فيوما والاصل عدمها فى كل يوم الى ان يثبت موجبها وهو التمكين.

فقد عرفت جوابه من ان السبب فى الانفاق انما هو الزوجيه او الزوجه المطيعه والمنقاده الى امر زوجها فى وظائف الزوجيه والفرض انها كذلك ومجرد التمرد والتخلف لايوجب اسقاط النفقه كما اذا لم تكن تصلى ولاتصوم ولاتحج اذا كانت مستطيعه الا انها تطبع زوجها وتمكن من الوطى وهو المراد من التمكين وهو موجود

بالنسبه اليها واما عدم جواز وطيه لها انما هو تكليف متوجه الى الزوج لا اليها والمانع انما حدث من قبله لامن قبلها - فمع ما ذكرنا لايبقى شک فى المقام حتى يرجع الى استصحاب وجوب الانفاق الى ان يثبت المزيل نعم مع الشک فى وجوب الانفاق لامانع من جريان الاستصحاب فى الحكم بل الموضوع فيترتب عليه الاثر وهو وجوب الانفاق.

ومما ذكرناه يظهر حكم الاختلاف فيما لو قال للوثنيه اسلمت بعد اسلامى بشهرين فلا نفقه لک على الا فيما بعدهما فقالت بل بشهر فان هذه المسئله من فروع المسئله السابقه لانها اذا اسلمت قبل انقضاء العده فاسلامها يكشف عن بقاء الزوجيه التى كانت سببا فى وجوب الانفاق من غير فرق بين اسلامها بعد شهرين من اسلامه او بعد شهر نعم اذا كان يدعى اسلامها بعد خروج العده الذى يكشف بذلک عن البينونه من حين اسلام الزوج وقالت المراه بل اسلامى كان قبل انقضاء العده فهل يحكم بقبول قوله لاصاله تاخر الحادث والبرائه من النفقه او قبول قولها لاصاله بقاء النكاح ففى الجواهر اختار ترجيح قول الزوج فان الاختلاف فى لادين معلوم وهو مما يرفع النكاح رفعا مراعى فالاصل بطلان النكاح الى ان يسلم فى العده.

لكن يرد عليه ان استصحاب بقاء الزوجيه مما يرفع الشک بالنسبه الى موضوع الاختلاف فى الدين والقدر المتيقن من

الاختلاف فی الدین الذی یرفع الزوجیه انما هو ما بعد العده وهو غیر معلوم فی المقام والاصل عدمه هذا کله فی صوره کونها مدخولا بها -الا یقال ان التمسک بالاستصحاب من موارد التمسک فی الشبهه المصداقیه للزوجیه فانه یقال ان الاستصحاب یوجب رفع الشک ویحکم بالزوجیه.

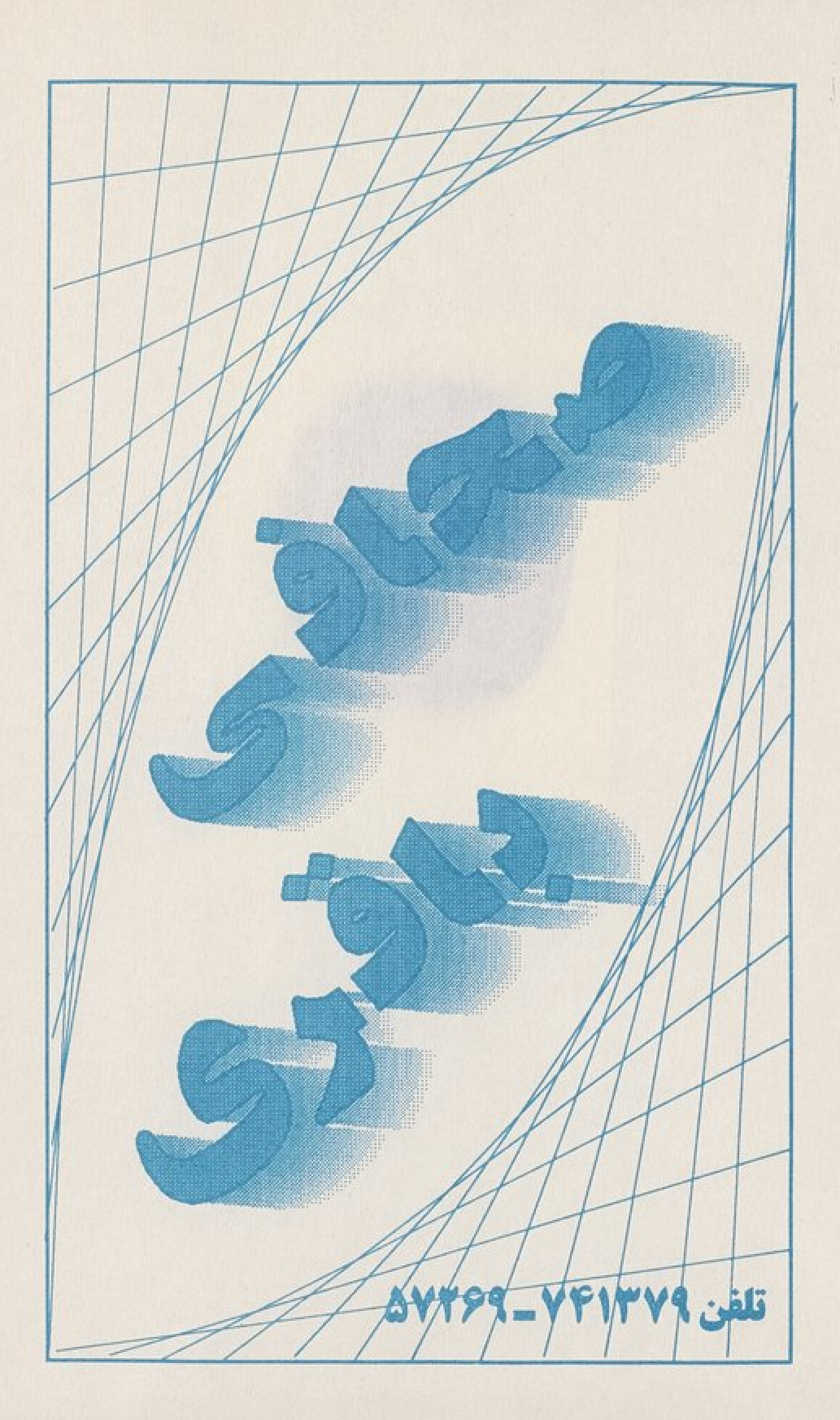
ثم انه لو ادعی السبق الی الاسلام قبل الوطی الموجب للبینوته بمجرد الاختلاف ای قبل کون المراه مدخولا بها والمراه تاره تدعی المقارنه(ولا یمکن ان تدعی السبق لانها تطالب المهر فاذا ادعت الاسلام قبل اسلام الزوج مع عدم الدخول فالحدث جاء من قبلها فلا تستحق شیئا) ففرض المسئله انما هی فی صوره ادعاء الزوج السبق الی الاسلام حتی یسقط نصف المهر علی الاشهر او جمیع المهر علی المشهور والزوجه تدعی المفارقه حتی تستحقا لمهر باجمعها واخری تدعی الوطی والرجل یدعی سبقه الی الاسلام قبل الوطی فالدعوی ترجع من طرف الرجل الی فسخ الزوجیه والمراه تدعی بقاء الزوجیه بالوطی ولایفرق فی دعوا ها سبقه الی الاسلام او سبقها الیه اذا لمقارنه بالنسبه الی بقاء الزوجیه وان کان یفرق بالنسبه الی النفقه بناء علی عدم التمکین واما اذا قلنا بالتمکین فتستحق النفقه ایضا فمع ادعاء الزوجه الوطی وبقاء الزوجیه وانکار الرجل ذلک ویقول بالانفساخ قبل الوطی فرجح فی القواعد قول المراه لان الاصل بقاء استحقاق المهر الذی قد وجب بالنکاح

وانما يسقط بالمسقط والاصل عدمه.

واورد عليه فى الجواهر بان الاصل عدم الوطى وقد يستشكل بان استحقاق جميع المهر انما هو بالوطى والاصل عدمه لكن الحق ان يقال ان الاصل بقاء الاستحقاق بالنسبه الى جميع المهر الى ان يثبت المزيل والاصل عدمه - وادعاء الانفساخ يحتاج الى دليل.

اضف الى ذلك ان استصحاب عدم الوطى لايثبت الانفساخ الا على القول بالمثبت ولايقول به صاحب الجواهر.

فهرست


تلفن ۷۴۱۳۷۹_۵۷۲۶۹

